



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Direito

LÍRIS HELENA DE CASTRO VITOR

DOS EXCESSOS NO ÂMBITO DA LEGÍTIMA DEFESA

BRASÍLIA - DF

2013

LÍRIS HELENA DE CASTRO VITOR

DOS EXCESSOS NO ÂMBITO DA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em DIREITO do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Professor Orientador: José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA - DF

2013

LÍRIS HELENA DE CASTRO VITOR

DOS EXCESSOS NO ÂMBITO DA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em DIREITO do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Professor Orientador: José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA, 2013

Banca Examinadora

Prof. José Carlos Veloso Filho
(Orientador)

Prof.
(Membro)

Prof.
(Membro)

RESUMO

A presente monografia tem por escopo estudar os excessos no âmbito da legítima defesa. O estudo foi iniciado pela abordagem das teorias do crime e da sua caracterização, sendo o crime um fato típico, ilícito e culpável. Partindo dessa premissa, observou-se que o estudo da legítima defesa fora comportado dentro da ilicitude, mais precisamente nas causas de exclusão da ilicitude. Foi apresentado cada um dos elementos integrantes da legítima defesa com a ressalva de que, o não atendimento dos requisitos desta justificante em alguns casos, pode resultar no chamado excesso. Seguiu-se para a conceituação do erro e do excesso, aplicando sua incidência na esfera de domínio da legítima defesa, atendendo a previsão do legislador quanto à responsabilização daqueles que excedem aos limites previstos quando no exercício de proteção de um bem jurídico ameaçado. Assim, chegou-se ao objeto propriamente dito desta monografia.

Palavras-chave: Teoria do crime. Fato típico. Conduta. Ilicitude. Culpabilidade. Excludentes de ilicitude. Causas de justificação. Legítima defesa. Agressão injusta, atual ou iminente, animus defendi, excessos.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO	9
1. DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME.....	11
1.1. Fundamentos	11
1.1.1. Conceito	11
1.1.2. Conceito formal de crime	12
1.1.3. Conceito material de crime	13
1.1.4. Conceito analítico de crime.....	13
1.2. Da composição do crime	14
1.2.1. Do fato típico	15
1.2.1.1. Conduta	15
1.2.1.2. Resultado.....	17
1.2.1.3. Nexo de causalidade.....	18
1.2.1.4. Tipicidade.....	20
1.2.2. Da culpabilidade	22
1.2.2.1. A culpabilidade e o juízo de reprovação	22
1.2.2.2. Evolução histórica e teorias da culpabilidade.....	24
1.2.2.3. Imputabilidade	29
1.2.2.4. Excludentes da culpabilidade.....	30
1.2.2.5. Potencial consciência da ilicitude.....	37
1.2.2.6. Exigibilidade de conduta diversa	39
1.2.3. Da ilicitude.....	42
2. DA ILICITUDE E SUAS CAUSAS DE EXCLUSÃO	45
2.1. Causas legais de exclusão da ilicitude.....	45
2.1.1. Do Estado de necessidade	47
2.1.2. Do estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito	50
2.1.3. Da legítima defesa	52
3. DOS REQUISITOS E EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA	56
3.1. Elementos caracterizadores da legítima defesa	56
3.1.1. Da injusta agressão	56
3.1.2. Agressão atual ou iminente.....	57
3.1.3. Da moderação no uso dos meios necessários	58
3.1.4. Direito próprio ou direito de terceiro	59
3.1.5. Elemento subjetivo na legítima defesa.....	59
3.2. O erro e o excesso na legítima defesa.....	60

3.2.1. Do erro	61
3.2.2. Do excesso	62
3.2.3. Dos tipos de excesso na legítima defesa.....	63
3.2.3.1. Do excesso doloso	64
3.2.3.2. Do excesso culposo	66
3.2.3.3. Do excesso extensivo e intensivo.....	67
3.2.3.4. Do excesso na causa	68
3.2.3.5. Do excesso exculpante	69
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo fazer uma análise a respeito dos excessos no âmbito da legítima defesa. Tendo em vista não se tratar de um tema limitado, muito menos pacificado, instigante torna-se sua apreciação. O instituto em questão é contemplado por uma nova abordagem, a qual tem por objetivo afastar as possíveis afirmações de que se trata do exercício de uma vingança privada. Assim sendo, cuidou o legislador de tutelar e positivar o exercício da legítima defesa.

O tema aqui apresentado tem tratamento doutrinário restrito e divergente, principalmente sobre os enfoques conferidos aos excessos. Necessário se faz a análise das diferentes modalidades de excessos e suas aplicações no exercício da legítima defesa, sobretudo quando da ocorrência de conflitos entre particulares que, por inúmeros motivos, não podem ser alcançados pela tutela estatal.

Dessa forma, este trabalho monográfico fazendo uso de uma pesquisa dogmática, atentou-se às previsões legais e a abordagem doutrinária acerca deste assunto. Assim sendo, através de questionamentos internos e dos conhecimentos já solidificados sobre este tema, buscou-se a contemplação do instituto.

Adotamos um estudo dividido em três capítulos, com a finalidade de construir um raciocínio que nos permitisse ao final responder questionamentos, tais como: o que é o crime? O que torna uma simples conduta em uma conduta criminosa? Quais os elementos que compõe o crime? Existe possibilidade de uma conduta, em princípio ilícita, tornar-se lícita? O que é agir em legítima defesa? O que é o excesso? Como o excesso apresenta-se no âmbito da legítima defesa?

O primeiro capítulo irá analisar a conceituação do crime bem como a concepção de crime sob a perspectiva analítica, conferindo destaque ao estudo da tipicidade, culpabilidade e uma introdução ao estudo da ilicitude.

O segundo capítulo tem como premissa abordar as peculiaridades da ilicitude, atendo principalmente as causas de excludente da ilicitude, momento no qual se fará uma análise do estado de necessidade, do estrito cumprimento de um dever, do exercício regular de um direito e uma iniciação ao estudo da legítima defesa.

O terceiro capítulo apresentará os requisitos necessários à caracterização da legítima defesa, ou seja, serão trabalhados os conceitos de agressão injusta, atual e iminente; serão feitas ressalvas sobre a moderação no uso dos meios necessários; analisaremos a extensão da proteção a direito de terceiros; bem como, iremos observar o que vem a ser o elemento subjetivo do tipo. Ainda neste capítulo iremos apresentar a conceituação do erro e do excesso, assim como a análise dos tipos de excesso aplicáveis no âmbito da legítima defesa.

Observamos ao longo do desenvolvimento que foram indispensáveis os conceitos firmados a cada capítulo, posto que são eles que nos permitem chegar ao cerne dessa monografia com confiança para explorar os questionamentos lá presentes.

Por fim, chegamos a conclusões obtidas ao decorrer da monografia, analisando os tipos de excesso e a suas aplicações no âmbito da legítima defesa, usando dos conhecimentos estruturados para decidirmos se afastamos ou aplicamos determinados entendimentos.

Iniciamos nossa abordagem sobre o tema obedecendo ao disposto nos parágrafos anteriores.

1. DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME

1.1. Fundamentos

“[...] Finalidade do Estado é a consecução do bem coletivo. É a sua razão teleológica. Mas, para a efetivação, além da independência no exterior, há ele de manter a ordem no interior. Cabe-lhe, então, ditar as normas necessárias à harmonia e equilíbrio sociais.”¹

Tendo em vista o entendimento exarado por Magalhães Noronha, no trecho acima citado, para a pacífica convivência em sociedade, necessária se faz à existência de normas. Como ponto de partida, observamos que o direito penal é o ramo do direito público responsável por tutelar os bens mais valiosos que não podem ser protegidos pelos demais ramos do direito². Assim sendo, para a proteção de um bem jurídico, é indispensável a criação de normas.

Partindo do pressuposto da criação de normas, observamos que o Direito Penal “[...] é conjunto de normas jurídicas que regula o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.”³ Portanto, antes de afirmar que determinada conduta merece ser contemplada pelo direito penal, é preciso fazer a caracterização do que vem a ser crime, posto ser esse o elemento central ao se analisar um fato e determinar a aplicação de uma punição ao autor daquele fato.

1.1.1. Conceito

Conforme salientado, passamos ao estudo do crime a fim de abordar os conceitos adotados no âmbito da comunidade jurídica que vão servir de base para adentrarmos no objeto da presente monografia.

Ao buscar conceituar o crime, encontramos a primeira barreira, posto que, o atual código penal brasileiro, não fornece um conceito explícito do que vem a ser crime, restando, portanto, a busca por conceitos eminentemente jurídicos.

Analisando sob o aspecto das relações humanas, podemos concluir que:

1. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 4

³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4

“O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. [...] Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados.”⁴

Aproveitando da explanação de Francisco de Assis Toledo é possível observar que a tarefa de conceituar crime não é algo fácil, apesar de que no âmbito jurídico e doutrinário, são inúmeros os conceitos que pretendem definir o fato como criminoso. Apesar da diversidade pertinente ao tema, aqui merece destaque apenas a abordagem sobre as apreciações mais difundidas, quais sejam: o conceito formal de crime, o conceito material de crime e o conceito analítico de crime.⁵

1.1.2. Conceito formal de crime

Para Rogério Greco, “sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado.”⁶ Já nas palavras de Magalhães Noronha, o aspecto formal tem como ponto de referência a lei, portanto, “crime é o fato individual que a viola; é a conduta humana que infringe a lei penal.”⁷

Dessa forma, sob o aspecto formal, o crime para ser conceituado tem como pressuposto a lei, ou seja, seria crime toda a conduta que contrariasse o disposto na legislação penal. Assim sendo, toda conduta humana lesiva ao ordenamento jurídico penal é considerada como crime.

Observa-se, contudo, que a definição formal de crime não exauriu o assunto, já que, não foi possível observar quais os critérios fixados para se determinar que algumas condutas são criminosas enquanto outras não. A definição formal está atrelada ao puro positivismo jurídico, no qual não se busca esclarecer o porquê de punir

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79.

⁵ Essa abordagem é adota, entre outros, por: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, etc.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 140.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96.

determinadas condutas, bem como não se demonstra o critério que busca distinguir as inúmeras condutas lesivas, não se explica as limitações no exercício das punições aplicadas, dentre outros quesitos.⁸ Dessa forma, torna-se necessário à análise do conceito material de crime, a fim de tentar responder as dúvidas ainda existentes.

1.1.3. Conceito material de crime

Para a perfeita conceituação material de crime, voltamos à premissa de que o Estado, com a finalidade de zelar pela segurança, harmonia e estabilidade da vida em sociedade, edita normas com o objetivo de garantir a tutela a bens-interesses. Dessa forma, segundo Magalhães Noronha:

“[...] o Estado, através do direito, valoriza esses bens-interesses, pois a ofensa a alguns deles fere mais fundo o bem comum, já por atingir condições matérias basilares para a coletividade, já por atentar contra condições éticas fundamentais. Dada, então, sua relevância, protege-os com a sanção mais severa, que é a pena.”⁹

Assim sendo, sob o ponto de vista material, “o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos-penalmente) protegidos”¹⁰, ou, de forma um pouco mais detalhada, “[...] crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a ofensa ao bem jurídico, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela.”¹¹

Resumindo, esse conceito limita-se a elencar os bens jurídicos e, através das normas, busca protegê-los.

1.1.4. Conceito analítico de crime

Apesar da exposição de duas formas de conceituação do crime, continuamos observando que este ainda não fora definido com precisão. A fim de complementar a conceituação do crime, necessário se faz, por fim, a abordagem do conceito analítico de crime.

⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 152.

⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

O crime sob o aspecto analítico possui maior diferenciação frente aos demais conceitos por apresentar as características e os elementos que compõe a infração penal, fato este que nos permite entender, por exemplo, porque determinadas condutas são passíveis de punição e outras não.¹²

Nas palavras de Hans Welzel, “todo fato penal é uma ação contrária à sociedade, pela qual o autor, como personalidade, é responsável. A responsabilidade pessoal (culpabilidade) por um fato contrário à sociedade (o injusto), são os dois componentes fundamentais do delito.”¹³

Desse posicionamento, observamos que:

“[...] A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como a *ação típica, antijurídica e culpável*. Ele não existe sem uma ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa lato sensu (dolo ou culpa).”¹⁴

O conceito analítico de crime pode ser resumido na tríplice ordem de valoração¹⁵ que compreende: o fato típico (tipicidade), ilícito (ilicitude) e culpável (culpabilidade).

Por hora, para uma melhor compreensão dos fatos a serem apresentados posteriormente, passamos a uma análise acerca do que vem a ser tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

1.2. Da composição do crime

Dúvidas não restam acerca da unidade do delito, porém para melhor compreensão e, adotando a teoria analítica tripartida de crime, passamos a distinguir

¹² Exemplo citado por Rogério Greco que nos permite entender a supramencionada explicação: *Suponhamos que A, agindo com animus defendendi, saque o revólver que trazia consigo e, visando repelir a agressão injusta que estava sendo praticada contra sua pessoa, atire e cause a morte de B.* nesse caso não estamos diante da prática de um crime, porém no caso em tela essa hipótese é afastada como entenderemos mais a seguir. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 316.

¹³ WELZEL, Hans. *Direito Penal*; Afonso Celso Rezende. 1ª Ed, Campinas: Romana, 2003, p. 99.

¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97

¹⁵ A referência de tríplice ordem foi retirada das lições de Francisco Assis de Toledo, quando este aborda aspectos do acerca do fato-crime. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

suas características em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, atentando para os elementos que integram cada um desses pontos.¹⁶

1.2.1. Do fato típico

Fernando Capez entende o fato típico como um “[...] fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”¹⁷, dessa forma, observamos que o fato típico resume-se a “um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido.”¹⁸

Assim sendo, constata-se que, para limitar e individualizar o comportamento humano em sociedade é necessário à adoção de um modelo, que irá descrever na lei as condutas tidas com reprováveis/ proibidas¹⁹, sendo este modelo, o que configura um fato como típico.

Ao falar de fato típico é necessário, primeiramente, que tenhamos ciência de que este possui como elementos/componentes: *a conduta* (dolosa/ culposa, comissiva ou omissiva), *o resultado*, *o nexo causal* e *a tipicidade*.²⁰

Porém, a simples existência dos componentes não pressupõe que o fato seja típico, pois, conforme salienta Ney Moura Teles, “para que determinado fato da vida seja considerado típico, é preciso que todos os seus componentes, todos os seus elementos estruturais sejam, igualmente, típicos.”²¹ Dessa forma, iremos abordar cada um dos elementos do fato típico abordando suas características.

1.2.1.1. Conduta

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 14ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.114.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 14ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

¹⁹ Francisco de Assis Toledo deixa bem claro o elo da conduta, com a descrição legal, bem como a reprovação social, quando descreve que o tipo penal corresponde a uma “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

²⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 142.

²¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 165.

Ao adentrarmos no estudo do fato típico, agora que já sabemos que se trata da descrição de uma conduta proibida, o primeiro elemento integrante que devemos analisar é a conduta. Necessariamente nosso estudo deve se iniciar pela análise das teorias que tratam da ação/conduta, uma vez que essas irão servir de base para entendermos a orientação do Direito Penal no Brasil.

De acordo com a Teoria Causalista/Naturalista²², podemos descrever a ação/conduta como sendo um puro fator de causalidade, onde “a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado.”²³ Para essa teoria “a conduta é um comportamento humano voluntário que se exterioriza e consiste num movimento ou na abstenção de um movimento corporal.”²⁴ Observa-se que essa corrente não é mais adotada, ao menos não é pela grande maioria, posto que sua análise restringe-se a conduta da pessoa sem proceder na verificação do fim pretendido pelo agente quando da realização da referida conduta, ou seja, pouco importa se a pessoa tinha ou não a intenção de alcançar o resultado obtido com aquela conduta. Assim sendo, essa corrente limita-se a verificar a voluntariedade do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, ou seja, “saber quem foi o causador do resultado e se tal resultado estava definido em lei como crime.”²⁵

Para contrapor essa teoria, Hans Welzel deu origem a Teoria Finalista, posto que ficou evidente a necessidade de tomar conhecimento acerca da vontade do agente, permitindo assim, adequar a conduta praticada ao correto tipo legal de crime. Ao tratar-se da vontade do agente é importante distinguir aquele que objetivava alcançar um resultado e o que não queria, mas que, por descuido, alcançou. De acordo com Ney Moura Teles:

“Todo e qualquer comportamento humano é um acontecimento finalista e não puramente causal, pois o homem, enquanto ser consciente das leis naturais, de causa e efeito, pode prever as conseqüências de seu comportamento e tem condições de dirigir sua atividade no sentido da produção de um ou de outro resultado. E, sempre que age, ele o faz com determinada finalidade.”²⁶

²² O sistema causal-naturalista da teoria do delito fora construído a partir das idealizações de dois penalistas: Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, fato este que possibilitou a denominação do sistema como *sistema Liszt-Beling*.

²³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270.

²⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 166.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.118.

²⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 169.

A conclusão que se chega, quanto à diferenciação das duas teorias é que para os causalista a ação limita-se a um processo causal, enquanto para os finalistas a conduta desenvolvida além de ser um processo causal busca atingir uma finalidade.

De forma sucinta, pode-se dizer que a conduta diz respeito a uma ação, a um comportamento, um agir. Observa-se, contudo, que a conduta,

“[...] compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).”²⁷

Do conceito acima exarado, observamos que a conduta do agente pode ser comissivo ou omissivo, posto que “o agente pode praticar a infração penal fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado”²⁸, fazer algo diz respeito ao crime comissivo, enquanto deixar de fazer algo é o crime omissivo.

A conduta desenvolvida pelo agente ainda pode ser dolosa ou culposa, ou seja, busca-se verificar a vontade daquele que realiza a conduta. Assim sendo, pode o sujeito que desempenha a ação atuar com a vontade e consciência de produzir determinado resultado; pode ainda assumir o risco de produzir aquele resultado (conduta dolosa); ou então o agente acaba por dar causa ao resultado por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia (conduta culposa).²⁹

A conclusão básica é que a conduta nada mais é do que uma ação, porém esta deve ser dirigida a uma finalidade apesar de que, para o direito penal, a conduta não está resumida a ação-finalidade, a “conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.”³⁰

1.2.1.2. Resultado

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 148.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 150.

²⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 181.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.114.

Através do estudo da conduta, chegamos à conclusão de que a ação do agente tem uma finalidade que, quando alcançada produz um resultado. Dessa forma, passamos ao estudo do que vem a ser o resultado.

Sucintamente, Capez descreve o resultado como a “modificação no mundo exterior provocada pela conduta”³¹, de outra forma não poderia ser, pois, “nos crimes materiais, a ação, ao se realizar, sempre modifica alguma coisa, produzindo um resultado que não a integra, embora faça parte do tipo penal.”³²

Ao trabalharmos com o resultado, temos duas teorias: a teoria naturalística e a teoria normativa. A primeira teoria configura o resultado como sendo algo concreto, ou seja, a modificação do mundo causada pela conduta, “é uma consequência física, material, do comportamento do agente.”³³ Para a segunda teoria o resultado corresponde a lesão provocada em determinado bem jurídico, o qual encontra-se tutelado pela norma, ou seja, “o resultado é a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, pouco importando se a conduta deu ou não causa a uma modificação do mundo externo a ela.”³⁴

1.2.1.3. *Nexo de causalidade*

“O nexo causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Senão houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador.”³⁵

Conforme Rogério Greco, o nexo de causalidade nada mais é do que uma ligação entre a ação do agente e o resultado produzido em decorrência daquela ação, ou seja, trata-se da conectividade entre a conduta e o resultado, gerando, portanto, uma relação de causa e efeito.

Apesar da aparente relação de causa e efeito, Ney Moura Teles, assim como outros doutrinadores, salienta que “nem sempre, todavia, entre a conduta e o resultado

³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.154.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 14ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

³³ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 195.

³⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 195.

³⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 215.

existe relação de causa e efeito tão simples e claramente verificável.”³⁶ Dessa forma, na tentativa de melhor explicar o que vem a ser a causa de um resultado, que foram criadas as teorias, sendo a de maior expressão a teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência dos antecedentes.

De acordo com a teoria da causalidade adequada, o que realmente importa é que exista uma contribuição mínima eficaz, ou seja, é necessário que ação que visa determinado resultado seja capaz de, isoladamente, produzir aquele resultado. Assim sendo, não satisfaz simplesmente contribuir, é necessário que essa contribuição seja eficaz. Deste modo,

“[...] ainda que contribuindo de qualquer modo para a produção do resultado, um fato pode não ser considerado sua causa quando, isoladamente, não tiver idoneidade para tanto. São necessários, portanto: contribuição efetiva e idoneidade individual mínima”.³⁷

A teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, adota pelo nosso Código Penal, considera como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Dessa forma é conferido status de igualdade a todos os fatos que antecedem o resultado, desde que imprescindíveis à sua ocorrência. A fim de constatar se a conduta é causa do resultado, basta que se utilize do procedimento de eliminação hipotético³⁸, no qual se exclui mentalmente o fato e analisa-se se ocorre modificação no resultado. Se o resultado continuar acontecendo, aquele fato não é causa. Mas, se o resultado deixar de ocorrer, o fato é causa daquele resultado.

“Pela análise do conceito de causa concebido pela teoria da *conditio sine qua non*, podemos observar que, partindo do resultado, devemos fazer uma regressão almejando descobrir tudo aquilo que tenha exercido influência na sua produção.”³⁹

Apesar de ser a teoria adotada pelo nosso código, severas críticas recaem sobre esta, principalmente sob o aspecto da amplitude na responsabilização pelo fato criminoso, posto que, em tese são alcançados todos os fatos anteriores ao crime, ou seja, chegaríamos a uma regressão *ad infinitum*⁴⁰, o que possibilitaria a responsabilização

³⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 198.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.158.

³⁸ Processo desenvolvido pelo sueco Thyrén. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 219.

⁴⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 219.

pelo delito até dos pais do criminoso, já que deram vida ao agente que praticou o fato delituoso.

A solução para impedir uma possível regressão total é a cominação de limites, ou seja, aqui os esforços são na tentativa de fazer com que o nexo de causalidade seja interrompido quando não for possível identificar dolo ou culpa na conduta das pessoas que, de alguma forma participaram da produção do resultado. Assim sendo, torna-se necessária a presença da voluntariedade, ou seja, é indispensável para a configuração do fato típico a presença do dolo e da culpa na vontade do agente que realiza determinada conduta objetivando certo resultado.⁴¹

Nesse sentido Ney Moura Teles:

“[...] é imprescindível que entre o comportamento humano e o resultado verificado exista relação de causa e efeito, a fim de que se possa atribuí-lo ao agente da conduta. A conduta deve ser a causa do resultado; este, a sua consequência. É de toda obviedade, pois, que não se atribuir ou imputar a alguém a responsabilidade por algo que não produziu.”⁴²

Por fim, passamos a análise da tipicidade.

1.2.1.4. *Tipicidade*

A tipicidade pode ser descrita como sendo a “perfeita adequação da conduta ao modelo abstrato criado pela lei penal”.⁴³ Lembrando que, para uma conduta ser descrita como crime é necessário que exista a previsão em lei, porém aqui, o que se faz necessário é que a conduta da pessoa se encaixe na previsão descrita em lei.

Nas palavras de Capez, tipicidade é:

“a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos”.⁴⁴

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 220.

⁴² TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 196.

⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 156.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.187.

No estudo da tipicidade penal é necessário observar que esta resulta do somatório de tipicidade formal e tipicidade conglobante. Conforme já estudamos, o fato típico é formado pela conduta do agente (dolosa ou culposa/ comissiva e omissiva), pelo resultado e pelo nexos causal, porém, conforme salienta Greco, apenas esses elementos não são suficientes. É indispensável que exista o encaixe da conduta no modelo descrito em lei, ou seja, “[...] a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador [...]”.⁴⁵

Dessa forma, é possível verificar que esse encaixe da conduta no tipo penal corresponde à tipicidade formal. Porém, a adequação da conduta para com a norma deve ser perfeita, sob pena de o ato ser considerado formalmente atípico. Ao se tratar da conclusão pela tipicidade penal, ainda é necessário à tipicidade conglobante, a qual prescinde que a conduta do agente seja contrária a norma, bem como demanda por “um critério material de seleção do bem jurídico”⁴⁶, ou seja, a tipicidade conglobante,

“[...] exige para a ocorrência do fato típico (a) a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto (tipicidade legal/formal) + (b) que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, [...]”⁴⁷

Por fim, ainda dentro da tipicidade, é importante abordar as duas espécies de adequação típica, quais sejam: tipicidade imediata e tipicidade mediata. A primeira diz respeito aos casos em que se tem a perfeita adequação entre a conduta realizada pelo agente e o tipo penal incriminador.⁴⁸ Já a segunda, trata-se dos casos em que, apesar da atuação do agente voltada a prática de determinado tipo incriminador, o comportamento não se encaixa diretamente a figura típica, sendo preciso recorrer às normas de extensão que ampliam o tipo penal.⁴⁹

Acabamos por concluir o estudo e conceituação do fato típico. Assim sendo, resta a abordagem da ilicitude/ antijuridicidade e posteriormente da culpabilidade. Porém, por motivos de melhor aproveitamento do raciocínio que pretendemos

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 156.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 157.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.197.

⁴⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 209.

⁴⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 210.

desenvolver, faremos uma inversão, ou seja, trataremos da culpabilidade primeiramente e, deixaremos aos cuidados do próximo capítulo a abordagem da antijuridicidade.

1.2.2. Da culpabilidade

Tendo em vista o livre arbítrio, bem como a influência do meio social e educacional, para escolher entre proceder ou não proceder em determinada conduta, podemos dizer que a culpabilidade deve ser vista como uma reprovabilidade externalizada. Porém, isso só irá acontecer, quando a conduta do agente estiver inserida no âmbito típico (enquadramento legal) e ilícito (criminoso).

Segundo Fernando Capez, a culpabilidade é “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou fato típico e ilícito”.⁵⁰

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli o conceito de culpabilidade é construído nos pilares da reprovabilidade, do injusto e pela contrariedade a norma, assim sendo, a culpabilidade é:

“Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao aturo a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito”.⁵¹

A culpabilidade, da forma como é vista hoje, decorre da evolução de várias teorias que se propuseram a abordá-la, partindo dos estudos desenvolvidos por Liszt e Beling, porém, nosso estudo se limitará a duas teorias, quais sejam: a desenvolvida pela escola clássica e a desenvolvida pela escola positiva.

1.2.2.1. A culpabilidade e o juízo de reprovação

Conforme anteriormente destacado, duas teorias são apontadas como precursoras na busca por justificar o juízo de reprovação da infração penal praticada por determinados agentes.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.297.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 603

A Escola Clássica⁵², responsável pela primeira teoria, usa como fundamento o livre arbítrio, ou seja, o homem é livre para fazer suas escolhas, portanto a responsabilidade penal estará ligada a responsabilidade do indivíduo.⁵³

Assim sendo, nas palavras de Rogério Greco, “o fundamento da responsabilidade penal está na responsabilidade moral do indivíduo, sendo que esta, ou seja, a responsabilidade moral, tem por base o livre-arbítrio”.⁵⁴

De acordo com a Escola Positiva⁵⁵, responsável pela segunda teoria, o fundamento da reprovação encontra-se no determinismo, ou seja, o agente não é capaz de tomar suas decisões apenas baseando-se em uma livre escolha, sofrendo, para tanto, influências internas e externas.⁵⁶

Ainda nas palavras de Rogério Greco, ao contrapor a teoria do livre-arbítrio, este afirma que “a corrente determinista aduz, ao contrário, que o homem não é dotado desse poder soberano de liberdade de escolha, mas sim que fatores internos e externos podem influenciá-lo na prática da infração penal”.⁵⁷

Nosso entendimento segue a linha no sentido de uma teoria mista, pois adotamos tanto pressupostos do livre-arbítrio quanto aspectos do determinismo. Somos partidários da concepção que o meio social em que o indivíduo convive influencia de forma significativa na prática de certas infrações penais, porém nem todas as pessoas que convivem nesse mesmo meio social se deixam influenciar por determinadas condutas, momento em que avistamos o livre arbítrio presente.⁵⁸

⁵² Escola de Direito Penal que tem sua base no direito canônico, no jusnaturalismo e na vontade humana. Francesco Carrara foi quem conferiu maior destaque a essa escola. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.301.

⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 381.

⁵⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 381.

⁵⁵ São adeptos dessa escola Lombroso, Ferri e Garofalo, sendo, portanto, contrários a ideia do livre-arbítrio, apontando que o fato criminoso decorre de fatores biológicos, assim sendo é inútil lutar contra estes. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.301.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 382.

⁵⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 382.

⁵⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 383.

1.2.2.2. *Evolução histórica e teorias da culpabilidade*

Inúmeros autores são responsáveis pelo aperfeiçoamento da teoria do delito-consequentemente da culpabilidade-, dentre eles Franz Von Liszt, Ernst Ludwig Von Beling, Reinhard Frank e Hans Welzel.

As discussões acerca dos elementos e características da infração penal foram enriquecendo com o passar dos tempos, resultando na origem de algumas teorias. Merece destaque, tendo em vista o enfoque conferido na presente monografia, à Teoria Causal e a Teoria Finalista.

Iniciamos nossa análise com o sistema causal-naturalista, também conhecido como sistema clássico ou psicologia da culpabilidade. Esse sistema foi desenvolvido por Franz Von Liszt e Ernst Ludwig Von Beling de acordo com os pressupostos do conceito analítico de crime. Dessa forma, foram compreendidos um aspecto interno e um aspecto externo. O primeiro compreendia a culpabilidade, sendo ela um vínculo psicológico que unia o agente ao fato por ele praticado, enquanto o segundo compreendia a ação típica e antijurídica.⁵⁹

Dessa forma:

“[...] A culpabilidade era a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade. O injusto se ocupava, pois, dessa causalidade física- causação do resultado-, enquanto à culpabilidade cabia a tarefa de tratar a relação psíquica. O conjunto de ambas as relações dava por resultado o delito”.⁶⁰

Franz Von Liszt, ao trabalhar com a conceituação do crime, mais especificamente no conceito de ação, acaba por fazer a conexão entre a existência de vontade e a consequente formação do resultado, ou seja,

“Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem *ato de vontade* não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*.”⁶¹

⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 384.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 605

⁶¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemã*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 217

O tipo é visto como sendo a descrição objetiva das condutas, mas fazendo a previsão de um resultado.⁶² Já a antijuridicidade, deveria ser formada pela ação típica e pelo injusto, posto servir de comprovação que a conduta realizada era contrária à lei penal. Aqui a análise é puramente objetiva e não se verifica os elementos subjetivos do agente.⁶³

O pensamento de Franz Von Liszt e Ernst Ludwig Von Beling colocou na parte externa o injusto penal, tornando esse objetivo. E, na parte interna colocou a culpabilidade, tornando essa subjetiva, ou seja, abordando na culpabilidade o dolo e a culpa.⁶⁴

Para esses pensadores, na visão de Greco, “mais do que elementos, dolo e culpa eram espécies de culpabilidade. A imputabilidade era tida como um pressuposto da culpabilidade. Antes de aferir dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o agente era imputável, ou seja, capaz de responder pelo injusto penal por ele levado a efeito.”⁶⁵

As bases desse sistema eram fixadas na relação psicológica do agente com a conduta por ele realizada, mas aqui não se leva em consideração a capacidade de autodeterminação do sujeito, essa concepção ignora que o homem é um ser capaz de determinar-se.⁶⁶

Observa-se, contudo, que apesar do sucesso inicial desse sistema, com o passar dos tempos críticas foram surgindo, tais como: tratar-se a culpabilidade de um nexu psíquico entre o agente e o fato, sem observar a presente contradição quando estamos diante de uma culpa inconsciente; a determinação de que dolo e culpa são espécies de culpabilidade, problemas acerca da imputabilidade, dentre outros questionamentos.⁶⁷

⁶² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.303.

⁶³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 385.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.303.

⁶⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 385.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 606.

⁶⁷ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 280.

Passamos ao segundo sistema denominado sistema neoclássico, também conhecido como teoria normativa. Essa teoria foi desenvolvida por Reinhard Frank, a qual foi responsável pela modificação de ideias quanto ao tipo penal e quanto a culpabilidade, posto que acabou introduzindo elementos subjetivos e normativos no tipo.⁶⁸ Afastou-se a vinculação puramente psicológica entre o agente e o fato e passou-se a fazer um juízo de reprovação pessoal de acordo com os elementos psiconormativos-dolo e culpa.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ao fazerem a análise do pensamento desenvolvido por Frank, afirmam que “a culpabilidade só podia ter um conteúdo heterogêneo: o dolo e a culpa, e a reprovação dirigida ao autor por seu dolo e sua culpa”.⁶⁹

Conforme podemos observar, esse foi o grande destaque no desenvolvimento dessa teoria, já que, agora, partindo da exigibilidade de conduta como parte da culpabilidade⁷⁰, as críticas feitas à teoria clássica estavam superadas.

O sistema neoclássico modifica o clássico nos seguintes aspectos:

- a) “A ação deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada em certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como da omissão;
- b) A tipicidade foi profundamente afetada pelo descobrimento de elementos normativos – que rompiam com a concepção meramente descritiva e não valorativa da mesma- e de elementos subjetivos que deviam ser incluídos no tipo, [...]
- c) Percebeu-se que o conteúdo meramente formal atribuído à antijuridicidade-oposição à norma, contradição ao direito- era insuficiente para fundamentar a intervenção penal. Junto a esse juízo de desvalor objetivo de caráter formal, a antijuridicidade passa a conter um juízo de desvalor material. O conteúdo material da antijuridicidade consiste na sua danosidade social.
- d) Foram revistas as relações entre tipicidade e antijuridicidade. A partir de agora, a tipicidade deixa de ser mero indício de antijuridicidade (teoria da *ratio cognoscendo*) e passa a ser a sua razão de existência (teoria da *ratio essendi*);
- e) Abandona-se o insuficiente conceito psicológico próprio da teoria clássica e adota-se um *conceito normativo*. A reprovabilidade como juízo de desaprovação jurídica do que ato recai sobre o autor se converte na base do sistema”.⁷¹

⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 504.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 606

⁷⁰ Aqui adotamos um posicionamento que não deixa de reconhecer o entendimento de Frank como sendo o dolo um capítulo da culpabilidade, nem o entendimento de Goldschmidt como sendo o dolo um pressuposto da culpabilidade, nem o entendimento de Mezger como sendo o dolo um componente desvalorado da culpabilidade. Reconhecemos todos esses entendimentos, mas entendemos por não ser necessário tecer maiores comentários.

⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 388.

Para essa teoria a culpabilidade passa a ser composta pela: *imputabilidade*, qual seja, chance de responsabilizar alguém quando da prática do fato descrito em lei, o que compreende a necessidade de que o agente entenda o caráter ilícito do fato e se determine no sentido de cometer ou não o crime; pelo *dolo e culpa*, sendo o primeiro a vontade consciente de praticar o crime o segundo uma vontade defeituosa ⁷²- aqui é necessário além da vontade, a ciência da ilicitude do fato; e, *exigibilidade de conduta diversa*, posto o agente não ser capaz de agir de outra forma.

Abordamos, agora, a chamada teoria da ação final. Apesar dos avanços alcançados para Teoria Neoclássica, esta não foi capaz de formar suas próprias bases, ficando ainda dependente de certos conceitos oriundos do sistema causal, como por exemplo, a manutenção do dolo e da culpa dentro da culpabilidade ⁷³. Partindo dessa falha e, sobretudo com base nos trabalhos desenvolvidos por Hans Welzel, deu-se origem ao que conhecemos por finalismo. ⁷⁴

A inovação que este pensador formulou foi no sentido de afastar os preceitos de um pensamento meramente abstrato, a fim de observar em que consistia o núcleo da ação humana. Welzel “[...] redefiniu o conceito de ação de um ponto de vista ontológico, quer dizer, buscando as estruturas reais do ser. A ação, agora, não é concebida como mero ato voluntário que venha causar uma modificação no mundo exterior”. ⁷⁵

Welzel preleciona que, o homem realiza uma conduta objetivando uma finalidade, dessa forma a ação do homem não pode ser analisada apenas sob a perspectiva causal, ou seja:

“A Finalidade” ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos”. ⁷⁶

⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 389

⁷³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 389.

⁷⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 282.

⁷⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 389.

⁷⁶ WELZEL, Hans. *Direito Penal*; Afonso Celso Rezende. 1ª Ed, Campinas: Romana, 2003, p. 79.

Dessa forma, a visão deixa de ser aquela do sistema causalista, pois a ação agora é associada à finalidade do agente, o que pressupõe que o dolo deve ser considerado não mais na culpabilidade e sim, na tipicidade fazendo com que se aprecie a consciência sobre a ilicitude do fato.⁷⁷

Como nova premissa, o elemento subjetivo, qual seja dolo e culpa, passam a ser apreciados no estudo da ação. Assim sendo, para adequarmos a conduta de acordo com o tipo penal, necessário se faz que se consiga visualizar a finalidade do agente ao realizar aquela conduta. Não é mais possível dissociar a conduta da finalidade pretendida.⁷⁸

Nas palavras de Rogério Greco, “os tipos penais, na concepção finalista, passaram a considerar-se complexos, uma vez que neles deviam fundir-se os elementos de natureza objetiva com aqueles de natureza subjetiva (dolo e culpa)”.⁷⁹

Portanto, na culpabilidade não se tem mais o dolo e a culpa, posto que esses foram transportados para a conduta do agente e, passaram a compor o fato típico. O dolo incide como elemento natural e, a culpabilidade acaba sendo composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.⁸⁰

Assim sendo:

“[...] Vemos na culpabilidade, como critérios legais de reprovação do injusto ao seu autor, dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente. Dito de outro modo: para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha”.⁸¹

Partindo da base conferida por Welzel, compreendemos que:

“Culpável, portanto, é o fato praticado por um sujeito imputável que tinha possibilidade de saber que seu comportamento era proibido pelo ordenamento jurídico, e que, nas circunstâncias em que agiu, poderia ter

⁷⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 505.

⁷⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 282.

⁷⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 391.

⁸⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 507.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 607 e 608.

agido de modo diferente, conforme o direito. Se o fato for culpável, ter-se-á aperfeiçoado o crime, e deverá ser, de consequência, uma pena”.⁸²

Dessa forma, passamos a análise de cada um dos elementos, pormenorizadamente, respeitando o que é consagrado pela doutrina finalista.

1.2.2.3. *Imputabilidade*

Podemos entender a imputabilidade como a possibilidade de se atribuir a alguém a capacidade de compreender as dimensões alcançadas pela conduta realizada, em outras palavras, trata-se da possibilidade de atribuir o fato típico e ilícito ao agente que realiza a conduta, porém, para tanto é necessário que este tenha a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como a capacidade de se determinar com base no seu entendimento.

Nas palavras de Magalhães Noronha:

“a imputabilidade é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso. Pelos próprios termos do art. 26, imputável é a pessoa capaz de entender o caráter *ilícito* do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sinteticamente, pode dizer-se que imputabilidade é a capacidade que tem o indivíduo de compreender a ilicitude de seu ato e de livremente querer praticá-lo”.⁸³

Assim sendo, é possível observar que “o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade”.⁸⁴

Adotando a premissa de que a regra é de que todo agente é imputável, ou seja, passível de ser culpabilizado pela conduta realizada, assim a inimputabilidade torna-se a exceção. O Código Penal, ao tratar do tema em seus artigos 26, 27 e 28, §1º, não descreve o que vem a ser imputabilidade, porém acaba por, em sentido contrário, conceituar o que vem a ser a inimputabilidade.⁸⁵

⁸² TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 283.

⁸³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 164

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.306.

⁸⁵ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 284.

Observa-se que a imputabilidade pode ser afastada em algumas situações, portanto existe a previsão dos casos em que se entende que o agente não consegue compreender a ilicitude de seu ato e/ou é incapaz de determinar-se quanto a querer praticá-lo⁸⁶. São causas que excluem a imputabilidade:

- a) Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- b) Por absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
- c) Embriaguez completa, fortuita ou por força maior.

1.2.2.4. *Excludentes da culpabilidade*

A primeira espécie de imputabilidade diz respeito a doença mental/ desenvolvimento mental incompleto/ desenvolvimento mental retardado, porém, antes de adentrar propriamente na conceituação e tratamento dessa excludente, necessário se faz perfazer os sistemas que buscam definir os critérios que atestam a imputabilidade. Os sistemas são basicamente três: sistema biológico, sistema psicológico e sistema biopsicológico.

De acordo com o sistema biológico, a imputabilidade é condicionada a rigidez mental do indivíduo, ou seja, a responsabilização do indivíduo ocorrerá dependentemente da sua saúde mental, portanto, “se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável sem necessidade de ulterior indagação psicológica”.⁸⁷ Esse critério não observa se a enfermidade afeta ou não o poder de compreensão do agente, basta que ela exista para estar preenchido o requisito da inimputabilidade.

Já o sistema psicológico, visa saber se no momento da ação ou omissão delituosa, tinha o agente a capacidade de avaliar o caráter criminoso e de se orientar acerca da prática ou não do ato. Aqui, “não se indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente,

⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 515.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 314.

seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo)".⁸⁸

Por fim, o sistema biopsicológico, adotado pelo nosso Código Penal, é a junção dos dois outros sistemas, ou seja, é necessário que o agente da conduta seja portador de uma doença mental e, em decorrência dessa mesma doença, não seja capaz de entender e determinar-se com relação ao cometimento de um crime. Dessa forma, "o pressuposto biológico, que é o requisito causal dessa inimputabilidade, é ser o agente portador de uma doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou de desenvolvimento mental retardado".⁸⁹ Observa-se, contudo, que nem toda pessoa, nessas condições, é inimputável. Assim sendo, ainda "[...] será preciso verificar se o agente era, ao tempo da ação ou omissão, *inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico)*".⁹⁰

Agora que já sabemos que o Código Brasileiro adota o sistema biopsicológico e que temos noção do que é necessário, de acordo com esse sistema, para se afastar a imputabilidade, passamos a abordagem da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O código penal, em seu artigo 26 aduz que:

"Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".⁹¹

Da leitura do supramencionado artigo é possível perceber que o legislador não teceu detalhes acerca do que vem a ser uma doença mental – termo criticado por

⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 315.

⁸⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 285.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.309

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

parte dos doutrinadores⁹²- nem a diferenciação de desenvolvimento incompleto ou retardado. Dessa forma, recorreremos à doutrina a fim de solucionarmos essa lacuna.

Pode-se entender por doença mental, toda a enfermidade que modifica a capacidade intelectual e volitiva do agente, ou seja, pode traduzir-se na “perturbação mental e psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”.⁹³ São exemplos: psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatias, dentre outras.

Entende-se por desenvolvimento mental retardado a situação em que não existe compatibilidade da idade do indivíduo com o seu atual estágio de vida são, portanto os oligofrênicos. Nesse caso o agente tem uma redução da capacidade intelectual, ou seja, “a capacidade não corresponde às expectativas para aquele momento da vida, o que significa que a plena potencialidade jamais será atingida”⁹⁴.

Quanto ao desenvolvimento mental incompleto, podemos entender como sendo aquele “que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional”.⁹⁵ Ao tratarmos do desenvolvimento mental incompleto, estamos falando basicamente da menor idade e, em casos excepcionais, dos silvícolas inadaptados a sociedade, porém com o passar do tempo e com a convivência, cessa essa condição.

A segunda espécie de imputabilidade diz respeito à *menoridade*. Ao tratarmos do desenvolvimento mental incompleto, foi possível abordar o fato de que, os menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis. O artigo 27 do código penal aduz que: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.⁹⁶

Observamos, dessa forma, que os menores de 18 anos não são passíveis de sofrer sanção penal pela prática do ilícito penal, tendo em vista a ausência de

⁹² Encontra-se nesse parâmetro da crítica: Nelson Hungria, Rogério Greco, dentre outros.

⁹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.308.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.309

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.308

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

culpabilidade, porém o agente que, apesar de ter idade inferior ao exigido legalmente, comete condutas descritas como crime ou contravenções penais- tidas como ato infracional-, estão sujeitos aos procedimentos e medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº 8.069/90.⁹⁷

Nas palavras de Ney Moura Teles:

“A lei brasileira presume que todo menor de 18 anos tem desenvolvimento mental incompleto; por isso, considera-o inimputável, independentemente de verificação de sua capacidade de entendimento ou de determinação. Aqui, a lei adotou um critério puramente biológico. Basta que seja menor e será inimputável. Trata-se de uma presunção absoluta, não se admitindo prova da capacidade de entendimento ou de determinação”.⁹⁸

Ainda como causa de excludente de imputabilidade, devemos tratar a embriaguez completa proveniente de caso fortuito e força maior. O código penal, no §1º do artigo 28, dispõe que:

“É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.⁹⁹

Observa-se que, a embriaguez é pressuposto que destorce a capacidade de entendimento e/ou determinação do indivíduo. Porém, aqui não se trata de qualquer tipo de embriaguez, restringe-se a embriaguez completa e, proveniente de caso fortuito ou força maior.

A embriaguez é uma intoxicação causada pela ingestão de álcool ou qualquer outra substância que produza efeitos psicotrópicos. Necessário salientar, que a ingestão dessas substâncias faz o usuário perfazer fases, quais sejam:

- a) Fase de excitação: nesse estágio o agente que fez a ingestão da substância alcoólica ou de efeitos psicotrópicos, apresenta euforia, maior extroversão.¹⁰⁰
- b) Fase de depressão: superada a euforia, o agente apresenta um quadro de confusão mental, passível de irritabilidade e agressividade.¹⁰¹

⁹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 400.

⁹⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p.286.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.311.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.311.

- c) Fase do sono: nesse estágio, após a ingestão de grandes doses, o agente entre em estágio de dormência profunda, com perda do controle de algumas funções fisiológicas.¹⁰²

De acordo com Ney Moura Teles, a embriaguez só será completa quando atingir pelo menos a segunda fase. Assim sendo, como requisito para afastar a imputabilidade, a embriaguez do agente deve ser completa, ou seja, deverá ser capaz de retirar a total capacidade do agente com relação ao seu entendimento e sua vontade; necessário que o agente não tenha noção do que está acontecendo.¹⁰³

Por fim, é necessária, além de ser completa, que a embriaguez seja resultante de caso fortuito ou de força maior, ou seja, que ocorra sem que o sujeito tenha a intenção de embriagar-se; restando proveniente de caso fortuito ou força maior. Por caso fortuito entendemos os eventos oriundos da natureza, enquanto a força maior consiste em força física externa imprimida sobre o agente.¹⁰⁴

Rogério Greco elenca como exemplo de embriaguez por caso fortuito o sujeito que visita um alambique, escorrega e cai dentro de um barril repleto de cachaça, se, ao fazer a ingestão da bebida ali existente, vier a se embriagar, sua embriaguez será por caso fortuito.¹⁰⁵ Como exemplo de força maior é possível citar o caso da pessoa que é sequestrada, é forçada a ingerir bebida alcoólica e acaba por se embriagar.

Concluimos que, para que a embriaguez seja causa de afastamento da imputabilidade, é necessário que no momento da ação ou omissão, o agente esteja completamente embriagado, em decorrência de caso fortuito ou força maior e, por esse motivo, seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se com base em seu entendimento. Lembrando que, o agente nessas situações, encontra-se embriagado por circunstâncias alheias a sua vontade, tornando a embriaguez involuntária.¹⁰⁶

¹⁰² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.312

¹⁰³ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p.289.

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.314.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 406.

¹⁰⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p.289.

Contrariando a ideia anteriormente apresentada, o artigo 28 inciso II, do código penal, dispõe que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade, restando o agente imputável e passível de ser culpado.¹⁰⁷

Observa-se que, nesse segundo caso, temos a presença de duas formas de embriaguez: a primeira é a voluntária, na qual existe a presença da consciência e vontade em embriagar-se e, a segunda que é a culposa, na qual o agente negligente, apesar de não ter a intenção, acaba, continuamente, fazendo a ingestão da substancia ou bebida.¹⁰⁸

No caso em questão, o agente voluntária ou culposamente embriagou-se de forma propositada ou por imprudência, mas, de qualquer forma, acabou por assumir riscos calculados e deixou de prever eventuais consequências que podem decorrer de seu estado de embriaguez.¹⁰⁹ Assim sendo, como o agente tinha condições de determinar-se quanto à ingestão ou não da substancia ou bebida, deve este ser responsabilizado por sua conduta.

Preleciona Rogério Greco:

“Nas duas modalidades de embriaguez voluntária, o agente será responsabilizado pelos seus atos, mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Se a sua ação, como diz a teoria da *actio libera in causa*, for livre na causa, ou seja, no ato de ingerir bebida alcoólica, poderá o agente ser responsabilizado criminalmente pelo resultado”.¹¹⁰

Dessa forma, observamos que a teoria da *actio libera in causa* leva em consideração, para efeitos de imputação da conduta criminosa, o momento da ingestão da substancia que acabou por embriagar o agente. Dessa forma, observamos a adoção da responsabilidade objetiva, a qual só deve ser adotada em casos excepcionais que não se pode deixar de proteger o bem jurídico.¹¹¹

Porém, alguns autores, dentre eles Ney Moura Teles, confere críticas severas a esse posicionamento, pois que, segundo ele:

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

¹⁰⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p.290.

¹⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 323.

¹¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 405.

¹¹¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 290.

“[...] Chega-se ao absurdo de dizer: se o agente, ao se embriagar, previu a possibilidade de cometer crime, e o quis ou não se importou com essa possibilidade, então responderá pelo fato a título de dolo, e se, não o prevendo, ou prevendo e não aceitando o resultado previsível, responderá por culpa, *stricto sensu*”.¹¹²

Como solução para o problema levantado, Ney Moura Teles afirma que “[...] deve-se eliminar a responsabilidade penal objetiva, e buscar a implementação da reprovação do comportamento do sujeito que se embriaga, preordenadamente, voluntária ou culposamente, e acaba por cometer fato típico ilícito.”¹¹³

Ainda dentro das causas que não excluem a imputabilidade, encontra-se a emoção e a paixão. Apesar do entendimento precário de que o agente que comete crime alegando estar no momento da ação ou omissão transtornado por emoção e/ou paixão, estas não afastam a responsabilização do agente.¹¹⁴

A previsão legal que afasta a inimputabilidade nos casos de emoção e paixão, encontra-se no artigo 28, inciso I do código penal, fato este que torna o agente da conduta capaz de ser culpabilizado.¹¹⁵

De acordo com Fernando Capez,

“a emoção é um sentimento abrupto, súbito, repentino, arrebatador, que toma de assalto a pessoa, tal e qual um vendaval. Ao mesmo tempo, é fugaz, efêmero, passageiro, esvaindo-se com a mesma rapidez. A paixão, ao contrário, é um sentimento lento, que, se vai cristalizando paulatinamente na alma humana até alojar-se de forma definitiva”.¹¹⁶

Podemos observar que os estados de emoção ou paixão alteram o estado psicológico do agente, mas não afastam a capacidade de entender o caráter criminoso de sua conduta, bem como de se autodeterminar. Assim sendo não há que se falar em inimputabilidade, quando no máximo, é possível atribuímos, de acordo com algumas previsões do código penal, as chamadas circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena.

Preleciona Rogério Greco:

“Embora a emoção ou a paixão não afastem a imputabilidade penal, em várias de suas passagens, o Código Penal valorou tais sentimentos, seja para

¹¹² TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 290.

¹¹³ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 291

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar. Roberto *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.317.

diminuir ou mesmo para aumentar a pena aplicada, a exemplo do art. 65, III, c, última parte, que prevê como circunstância atenuante o fato de ter o agente cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.¹¹⁷

Por fim, observamos que para que o agente de determinada conduta seja responsabilizado é indispensável que seja imputável, ou seja, tenha capacidade de entender a ilicitude do fato e de determinar-se conforme seu entendimento. Atendendo o requisito da imputabilidade passamos a análise dos elementos da culpabilidade, quais sejam: potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

1.2.2.5. *Potencial consciência da ilicitude*

A potencial consciência da ilicitude pode ser, de forma simplória, conceituada como a possibilidade que o indivíduo tem de avaliar que determinado fato é contrário à ordem jurídica.¹¹⁸

Esse elemento da culpabilidade tem por função precípua, averiguar se o agente da ação ou omissão tinha conhecimento acerca da ilicitude da conduta que realizou, aqui, “[...] o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores”.¹¹⁹

Conforme entendimento doutrinário, a exigência é que o ator do fato tenha, ao menos, a potencial consciência de saber que sua conduta era proibida, atentando, para tanto, a todas as formas de parâmetros que estiverem ao seu dispor, apesar de que, o juiz, ao fazer a verificação irá dar preponderância aos aspectos externos e objetivos.¹²⁰

Segundo Ney Moura Teles, “quem age sem possibilidade de saber que fere o direito atua na certeza de que sua conduta é de acordo com a ordem jurídica e, assim

¹¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 403.

¹¹⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 294.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.324.

¹²⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 410.

sendo, não pode merecer qualquer censura, que só é possível quando se pudesse exigir do homem conhecer que seu gesto é proibido”.¹²¹

A potencial consciência da ilicitude é basilar quando da análise da culpabilidade, posto que o juízo de reprovabilidade vá recair sobre a conduta do agente, porém se este desconhece que sua conduta contraria o direito, não poderá ser culpado.¹²²

Observa-se, contudo, que a ausência de consciência da ilicitude não pode ser confundida com a ignorância da lei. Passamos a análise de diferenciação entre essas duas situações.¹²³

A possibilidade de desconhecer a ilicitude de determinada conduta diverge totalmente do que venha a ser o desconhecimento da lei. A primeira diferenciação, e a nosso ver a mais importante, diz respeito ao fato de que ninguém poderá alegar desconhecimento de lei, ou seja, tal situação é inescusável. Já no caso de desconhecimento acerca da ilicitude, podemos ter o afastamento da culpa frente ao agente da conduta.¹²⁴

De acordo com Assis Toledo,

“Parece-nos elementar, que, sendo a “lei” uma coisa e a “ilicitude” de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que *ignorância da lei* é igual a *ignorância da ilicitude* de um fato da vida real. Fixemos: *lei*, em sentido jurídico estrito, é a norma *escrita* editada pelos órgãos competente do Estado. *Ilicidade* de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade do ordenamento jurídico vigente. Se tomarmos, de um lado, a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual *ilicidade* desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas *entre ambos*, isto é, na mútua *contrariedade* que se estabeleceu entre o fato concreto, real, e o ordenamento jurídico no seu todo. Assim, pode-se conhecer perfeitamente a lei e não a ilicitude de um fato, o que bem revela a nítida distinção dos conceitos em exame”.¹²⁵

É possível notar que, no caso em tela, para ser afastada a culpabilidade do agente é indispensável que este não tenha conhecimento acerca da proibição de sua

¹²¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 294.

¹²² TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 295.

¹²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.320.

¹²⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 295

¹²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 262-263

conduta, caso contrário, ou seja, se o agente conhecia ou tinha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito de sua conduta deverá ter seu comportamento reprovado.¹²⁶

Passamos à análise do segundo elemento da culpabilidade: exigibilidade de conduta diversa.

1.2.2.6. *Exigibilidade de conduta diversa*

A exigibilidade de conduta diversa pode ser entendida como a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou omissão, agir de acordo com o direito.¹²⁷

Contrário senso, e, mormente utilizado, a inexigibilidade de conduta diversa pode ser traduzida como a realização de uma conduta típica e ilícita quando, em situação anormal, outra conduta não poderia ser esperada daquele sujeito, ou seja, na situação em que se encontrava o agente, não era possível esperar deste a realização de um comportamento diverso do praticado, “[...] a realidade impõe-lhe atuar contra o Direito, e ele, mesmo sabendo proibido, realiza o comportamento”.¹²⁸

Superado este entendimento, passamos a análise das causas que excluem a culpabilidade por não se poder exigir outra conduta do agente, tendo em vista a particular condição em que se encontrava.

São causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, conforme dispõe o Código Penal:

“Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.¹²⁹

Coação nada mais é do que obriga outra pessoa a fazer ou deixar de fazer determinada coisa. Necessário salientar que existem dois tipos de coação: a coação física, “na qual não existe ação propriamente dita do coagido, ele é instrumento nas

¹²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 409.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.326.

¹²⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 296.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

mãos do coator”¹³⁰; e a coação moral, “na qual a ação coatora se exerce sobre o ânimo do coagido, compelindo-o a agir ou deixar de agir”.¹³¹

Observa-se que além do indivíduo agir em decorrência de coação, essa coação deverá ser irresistível, ou seja, o coagido não pode ter a possibilidade de ir contra a coação, ele não tem outra escolha, sob pena de sofrer um maior dano ao não atender ao exigido pelo coator.¹³²

No caso da coação física irresistível, o agente que realiza a conduta comete ato ilícito, mas seu ato não foi realizado de forma livre, restando ausente o dolo e a culpa na conduta, o que pressupõe o afastamento da culpabilidade por não poder, devido ao vício em sua vontade, agir de outra forma.¹³³ Porém, o que nos interessa, partindo do pressuposto legal, é a coação moral irresistível, pois o agente pratica ato típico e antijurídico, mas em razão da coação sofrida, não poderá ser responsabilizado tendo em vista que na situação em que se encontrava, não poderia ser esperada uma conduta conforme o direito.

Segundo o Código Penal, também afasta a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, a obediência hierárquica. Nesse caso, necessário se faz para caracterizar a excludente de culpabilidade: o elemento de hierárquica- caracterizada pela dependência funcional; exigência de competência daquele que dá a ordem; ser a ordem enquadrada nas atribuições do destinatário; o cumprimento da ordem ser estrito – limitado ao que fora ordenado; que a ordem não seja manifestamente ilegal.¹³⁴

Observa-se, contudo, que existem situações que, apesar de não estarem expressamente previstas no texto legal, acabam por fazer parte dos princípios que norteiam o direito. Dessa forma, merecem aplicação como causa supralegal de exclusão

¹³⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.

¹³¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 160.

¹³² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.326.

¹³³ Nesse sentido Magalhães Noronha. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

¹³⁴ Assim descreve Fernando Capez. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.417.

da culpabilidade os casos em que, apesar da existência do fato típico e ilícito, não incida o juízo de reprovação frente a ausência de um dos elementos da culpabilidade.¹³⁵

Nesse sentido, enquadra-se o excesso de legítima defesa exculpante, posto que, encontramos a exigibilidade de conduta diversa presente, portanto está ausente um dos elementos da culpabilidade. Preleciona Ney Moura Teles que, o agente que excede na legítima defesa exculpante “não tem, nas circunstancias, capacidade de dominar as reações psicológicas desencadeadas, rapidamente, com base na agressão e na expectativa do perigo para o bem jurídico atingido, [...] ao fazê-lo, é claro, realiza comportamento ilícito, em face da ausência da moderação ou do uso de meios além do necessário”.¹³⁶

Em princípio o agente agia em legítima defesa e, como veremos no próximo capítulo, não seria passível de punição, porém, ao ultrapassar determinados limites e requisitos para a caracterização da legítima defesa esse passaria a ser punível, mas por não ser possível exigir do agente outra conduta, afasta-se, apesar do excesso, a aplicação de culpabilidade.

Até aqui estudamos parte do conceito analítico de crime. Analisamos a tipicidade e a culpabilidade. Porém nosso estudo ainda não se encontra concluído.

Por tipicidade entendemos a relação de adequação do fato concreto ao modelo de conduta proibida. Ocorrendo o enquadramento podemos pressupor a existência de um fato típico que, em tese será também ilícito, salvo quando verificado a existência das causas que afastem a ilicitude, descaracterizando o crime.

Quanto a culpabilidade, entendemos como pré-requisito a imputabilidade, qual seja o juízo de reprovação da conduta tida como típica e ilícita, que só pode ser feito quando o agente tiver atuado com possibilidade de saber que sua conduta era contrária ao direito, bem como não ser possível exigir, naquelas circunstancias que este agisse de outro modo.

¹³⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 421.

¹³⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 307.

Superadas essas duas fases de análise que compõe a estrutura do crime, passamos ao estudo da ilicitude, ou seja, verificação da incompatibilidade entre o fato típico e o ordenamento jurídico, a qual resulta na lesão ao bem jurídico tutelado.

1.2.3. Da ilicitude

Partindo do conceito analítico de crime e, lembrando a inversão de abordagem que fizemos, passamos a análise do último elemento que nos permite configurar o crime. Analisamos anteriormente que, para determinado fato ser considerado crime, é necessária uma conduta típica, ilícita e culpável. Assim sendo, passamos a análise da ilicitude.

Necessário salientar, contudo, que para o desfecho deste capítulo faremos uma abordagem introdutória deste elemento, posto que, os pontos de maior destaque serão trabalhados de maneira pormenorizada no próximo capítulo.

O primeiro aspecto controvertido que devemos analisar é quanto à nomenclatura conferida a esse instituto. Curioso salientar que, na presente monografia, optamos por acompanhar parte da doutrina¹³⁷ que adota a terminologia *ilicitude*, em contraposição aos doutrinadores que preferem o termo *antijuridicidade*.¹³⁸

Nossa opção pelo termo ilicitude acompanha o raciocínio desenvolvido por Francisco de Assis Toledo, o qual apresenta respeitável crítica aos estudiosos que usam os termos, ilicitude e antijuridicidade, como sinônimos.¹³⁹ Observamos que, tanto a adoção pela terminologia *antijuridicidade*, quanto o tratamento de sinônimos, decorrem da má tradução do vocábulo do alemão para o português, posto que o termo empregado em alemão *Rechtswidrigkeit* - significa contrariedade ao direito- e, de forma alguma poderia ser traduzido como contrariedade ao ordenamento jurídico.¹⁴⁰

Superada a abordagem acerca da terminologia, resta conceituar o que vem a ser este elemento que compõe o fenômeno crime. A ilicitude pode ser traduzida como a contrariedade da conduta humana frente ao ordenamento jurídico vigente, ou seja, é a

¹³⁷ Os doutrinadores que adotam o termo ilicitude são: Francisco de Assis Toledo, Fernando Capez, Ney Moura Teles.

¹³⁸ São adeptos ao termo antijuridicidade os seguintes doutrinadores: Hans Welzel e Eugenio Zaffaroni.

¹³⁹ O doutrinador Rogério Greco, em sua obra, adota o posicionamento de que ilicitude e antijuridicidade são expressões sinônimas.

¹⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159 -160.

relação direta do fato típico que afronta o que dispõe as normas. Assim sendo, toda vez que o agente realizar determinada conduta que venha a confrontar com o disposto no ordenamento jurídico penal, sua conduta será penalmente ilícita.¹⁴¹

Fernando Capez, ao conceituar a ilicitude e, tomando por base o conceito analítico de crime, confere destaque ao elo existente entre o fato típico e o seu ajuste - de forma contrária - ao ordenamento. Assim sendo, para esse doutrinador, a ilicitude é:

“[...] a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típica torna-se ilícita. Em primeiro lugar, dentro da primeira fase de seu raciocínio, o intérprete verifica se o fato é típico ou não. Na hipótese de atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. [...] Ao contrário, se, nessa etapa inicial, constata-se o enquadramento típico, aí sim passa-se à segunda fase de apreciação, perscrutando-se acerca da ilicitude”.¹⁴²

O segundo aspecto a ser observado na análise da ilicitude diz respeito às duas formas, quais sejam: ilicitude formal e ilicitude material. Nota-se que a doutrina acompanhando o entendimento desenvolvido por Franz Von Litsz, o qual faz uma diferenciação quanto a essas duas formas de ilicitude, salientando que o simples antagonismo entre determinada conduta e o ordenamento jurídico – ilicitude formal-seria insuficiente para tratar o instituto. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo afirma que:

“A ilicitude, assim entendida como relação de contrariedade entre o fato e a norma jurídica, tem sido qualificada de conceito puramente formal. Por isso certos autores, a partir de Von Liszt, ao lado da denominada ilicitude (ou antijuridicidade) formal, se esforçam em desenvolver outro conceito mais enriquecido, ou seja, o de ilicitude material”.¹⁴³

A ilicitude material é aquela que diz respeito a uma concepção social de algo que venha a ser prejudicial ao interesse da vida em sociedade, ou seja, está diretamente ligada a relação de lesão versus proteção dos bens jurídicos pela norma penal. Isso nos permite concluir que, sob esse aspecto, “o comportamento será ilícito quando for a causa de lesão a um bem jurídico, quando atingi-lo, atacá-lo, ou, pelo menos, colocá-lo em situação de perigo”.¹⁴⁴

¹⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 313.

¹⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.268.

¹⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

¹⁴⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 245

Observa-se, contudo, que o ordenamento jurídico tem por finalidade harmonizar o convívio em sociedade, impondo limites às condutas realizadas e tutelando os bens jurídicos mais importantes. Assim sendo, é lógico que, se a conduta realizada por determinado agente é contrária ao ordenamento jurídico, é evidente que essa conduta estará lesando ou expondo a perigo de lesão algum bem jurídico tutelado pela norma.¹⁴⁵

Acompanhando o entendimento acima exposto, adotamos o posicionamento defendido por Assis Toledo de que, não é necessária a diferenciação entre ilicitude formal e material, posto que essas definições, longe de serem distintas ou antagônicas, são complementares, dando origem à concepção unitária, pois, “ilicitude é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.¹⁴⁶

Conforma anteriormente salientado, encerramos este capítulo sem adentrar propriamente na essência da ilicitude, destinando ao próximo capítulo a tarefa de explorar de forma detalhada a localização deste elemento na formação do crime, bem como salientar as causas que afastam a ilicitude da conduta do agente.

¹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

¹⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 163.

2. DA ILICITUDE E SUAS CAUSAS DE EXCLUSÃO

2.1. Causas legais de exclusão da ilicitude

Já sabemos que, para a corrente que adota o conceito analítico de crime, uma infração penal é aquela oriunda de um fato típico, ilícito e culpável. Observa-se que existe um elo entre esses elementos, posto que o elemento posterior pressupõe o elemento anterior, mas tal fato ocorre apenas quando se adota-se a teoria da *ratio cognoscendi*.¹⁴⁷

A teoria da *ratio cognoscendi* aduz que, quando um fato for típico, provavelmente também será ilícito. Porém, há de se concluir pelo contrário, quando o agente realiza uma conduta típica encontrando-se amparado por uma causa de justificação, dessa forma existirá tipicidade, mas não existirá ilicitude.¹⁴⁸

Acerca da adoção da teoria da *ratio cognoscendi* e do posicionamento acerca da suposta aplicação absoluta da inafastabilidade dos institutos da tipicidade e da ilicitude, Rogério Greco exemplifica muito bem, salientando que:

“No conceito analítico de crime, uma vez adotada a teoria da *ratio cognoscendi*, o fato praticado por A é típico, o que indicaria a sua ilicitude. Contudo, embora típico o fato, o agente atuou amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, quebrando, dessa forma, a presunção havida anteriormente, com a conclusão de que, embora típico, não é ilícito, ou seja, não é contrário ao nosso ordenamento jurídico penal, em face da presença da norma permissiva prevista no art. 23, II, do Código Penal”¹⁴⁹

Observa-se, que o direito penal brasileiro, consequentemente o Código Penal Brasileiro, não é composto apenas por normas penais incriminadoras, conferindo, inclusive, espaço para normas permissivas justificantes. Dessa forma, a legislação penal faz as previsões legais que tornam as condutas, normalmente criminosas, em condutas lícitas. Assim sendo, é necessário verificar se o fato típico realizado pelo agente encontra-se, ou não, em conjuntura com uma das normas penais permissivas justificantes.¹⁵⁰

¹⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 315 e 316.

¹⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 315 e 316.

¹⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 316.

¹⁵⁰ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 248.

O artigo 23 do Código Penal faz previsão de quatro causas que afastam a ilicitude da conduta típica praticada pelo agente. Dessa forma, os fatos -normalmente ilícitos- desde que cometidos em: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal ou em exercício regular de direito, serão considerados lícitos.¹⁵¹ Dispõe o artigo 23 do Código Penal:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.¹⁵²

Antes de adentrarmos propriamente nas causas excludente de ilicitude necessário se fazer o esclarecimento acerca dos elementos objetivos e subjetivo que deverão ser analisados em cada uma das causas. No estudo das causas justificantes/permisivas/excludentes de ilicitude, observamos que cada uma delas tem por finalidade descaracterizar a ilicitude da conduta do agente. Observa-se que, para tanto, necessário se faz a análise dos elementos de ordem objetiva e subjetiva, sendo o primeiro de ordem obrigatória, enquanto o segundo depende da corrente doutrinária adotada.

Os elementos objetivos são aqueles previstos pela lei penal – implícita ou explicitamente- quando elenca as causas de justificação. Já os elementos subjetivos dizem respeito ao conhecimento e vontade, por parte do agente que realiza a conduta, de agir em conformidade com uma causa excludente de ilicitude.¹⁵³

Aqui adotamos o posicionamento de que os dois elementos são necessário. Importante salientar, contudo, que acerca do elemento subjetivo, apesar da necessidade de verificação deste, não se exige que o agente tenha conhecimento de que está agindo em conformidade com o direito, para que só assim, seja contemplado com a causa de justificação. Nesse sentido Zaffaroni:

“Cabe aclarar que a afirmação de que o tipo permissivo (ou causa de justificação) tem um aspecto subjetivo, de modo algum implica que a este pertença o conhecimento de que está agindo conforme o direito, porque tal

¹⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

¹⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 318.

conhecimento é absolutamente desnecessário para que ocorra a justificação ou tipicidade permissiva. Assim, por exemplo, para que um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo com a finalidade de defender-se”.¹⁵⁴

Por fim, é indispensável que façamos a ressalva acerca da vontade real do agente. Tal fato é necessário, porque, muita das vezes, o agente realiza determinada conduta objetivando um fim e, visando esquivar-se da aplicação da lei, acaba alegando uma causa de justificação.¹⁵⁵ O que queremos dizer é que, por exemplo:

“Suponhamos que A dirija-se até a casa de B como fim de matá-lo, em virtude do não pagamento de uma dívida de jogo. Lá chegando, olhando por sobre seu muro, consegue ter a visão somente da cabeça de B, que se encontrava na cozinha. Neste instante, aponta a sua arma e efetua o disparo mortal, fugindo logo em seguida. Sem que A soubesse, no exato momento em que atirou em B, este estava prestes a causar a morte de C, que já se encontrava de joelhos, aguardando o disparo que seria realizado por B. Resumindo, A atirou em B e, mesmo não sabendo, salvou a vida de C”.¹⁵⁶

No exemplo citado e partindo do pressuposto do posicionamento por nós adotado – de que é necessário o conhecimento acerca das circunstâncias em que se atua – não poderá A alegar que sua conduta encontra-se amparada pela legítima defesa de terceiro. Em sentido contrário, Zaffaroni afirma que, “[...] “segunda intenções” e estas “disposições internas” são totalmente irrelevantes para a justificação, bastando apenas o reconhecimento da situação de justificação de que se trate, e o fim requerido no tipo permissivo correspondente”.¹⁵⁷

Superados os aspectos gerais acerca da ilicitude, bem como a introdução das causas legais de exclusão da ilicitude, passamos a análise, pormenorizada, de cada uma das causas justificantes. Fazemos a ressalva de que iremos conferir maior destaque ao estudo da Legítima Defesa, a qual é o cerne da presente monografia.

2.1.1. Do Estado de necessidade

“Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 576

¹⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 318.

¹⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 318.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 577.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.¹⁵⁸

O estado de necessidade é uma causa de justificação prevista no artigo 23, I e artigo 24 do Código Penal, diz respeito a uma circunstância em que, ao agente é permitido sacrificar um bem jurídico em função de outro por verificar que um desses encontra-se na iminência de sofrer certa lesão, já que existe um perigo atual, e o bem não pode ser protegido pelo Direito.¹⁵⁹

Segundo Fernando Capez, de forma mais minuciosa, descreve o estado de necessidade como sendo a “causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir.”¹⁶⁰

A caracterização do estado de necessidade requer a presença de todos os elementos objetivos previstos no artigo 24 do código Penal. Observa-se que, necessário também se faz a apreciação do elemento de natureza subjetiva, qual seja, que o agente que realiza a conduta deva saber, ou pelo menos acreditar, que realiza conduta nos parâmetros dessa justificante.¹⁶¹

Frente a essa causa de justificação o primeiro requisito que vamos trabalhar é a necessidade de se tratar de uma situação de perigo atual. A previsão legal destaca que o agente, para estar amparado por essa exculpante, deverá verificar que o perigo é atual, que a ameaça processa-se naquele exato momento, que está prestes a concretizar-se, demandando, assim, o sacrifício do bem. Não se admite que o dano já tenha ocorrido e nem que se atue visando à possibilidade de um dano futuro.¹⁶² Assim sendo, “só é possível justificar a lesão de um bem, para salvar outro, quando se estiver no estágio mais próximo da lesão, que é o perigo atual.”¹⁶³

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

¹⁵⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 251.

¹⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.273.

¹⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 321.

¹⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 185.

¹⁶³ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 252.

Além de tratar-se de perigo atual, poderá o agente invocar o estado de necessidade para proteger do perigo um direito seu ou de terceiro, independentemente de quem seja. Aqui a proteção é conferida ao bem jurídico e, o que se quer é a salvaguardar o bem.¹⁶⁴

Observa-se que, quando a proteção for frente a bem de terceiro, existe divergência doutrinária acerca da necessidade ou desnecessidade de autorização por parte do titular do direito. Na concepção de Zaffaroni “é lógico que só se pode atuar em estado de necessidade com o consentimento expresso ou presumido do titular desse direito, [...]”.¹⁶⁵ Ney Moura Teles já adota o entendimento contrário afirmando que “independentemente da vontade do titular do direito, ele poderá ser salvo por qualquer pessoa, desde que esteja em perigo atual de lesão”.¹⁶⁶

Ainda dentro dos requisitos que caracterizam o estado de necessidade, é necessário que o agente que irá resguardar o bem jurídico que corre perigo, não tenha dado causa a este perigo, ou seja, o perigo “não deve ter sido voluntariamente provocado pelo agente”.¹⁶⁷

Apesar da divergência doutrinária acerca da conduta dolosa ou culposa do agente em dar causa ao perigo, adotamos a mesma linha que Fernando Capaz, dessa forma:

“Em que pese a conduta voluntária poder apresentar-se tanto sob a forma dolosa quanto culposa (hipótese em que a voluntariedade estará na base da conduta), entendemos que o legislador quis referir-se apenas ao agente que cria dolosamente a situação de perigo, excluindo, portanto, o perigo culposos.”¹⁶⁸

Dúvidas não restam acerca de que, profissionais ligados ao dever legal de atuar em situação de perigo, não podem esquivar-se dessas situações alegando estado de necessidade. Dessa forma, para os casos em que a lei fizer previsão de que o agente deverá enfrentar o perigo, assim deverá fazê-lo, resguardando, por fim o bem jurídico

¹⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.276.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 596.

¹⁶⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 253.

¹⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 185.

¹⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.277.

que estava em situação de risco.¹⁶⁹ Nesse sentido, salientam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“O estado de necessidade não ampara a quem tem o dever de arrostar o perigo. É evidente que certas profissões, ou funções, impõem este dever, e, por consequência, não pode alegar que atua de conformidade com o direito aquele que se encontra nesse perigo, pois, ao contrário, a justificação estaria anulando a imposição do dever legal de afrontar o perigo.”¹⁷⁰

Por fim, o ponto mais sensível dentro dessa causa de justificação diz respeito à necessidade de sacrifício do bem, assim como, o juízo de ponderação que deve ser feito acerca dos valores dos bens em questão. “Aqui sobreleva a necessidade da ponderação dos bens em conflito, para se concluir se o bem que é defendido pelo agente é de valor superior, igual ou mesmo inferior àquele que é atacado.”¹⁷¹

Não iremos adentrar no mérito dessa questão, deixando claro o nosso entendimento de que o bem a ser defendido deverá ser de valor superior ao bem que está sendo atacado, fato este que acabaria por justificar o sacrifício¹⁷². De forma objetiva, o bem que corre perigo deverá ser de maior valor que o bem que será posto em detrimento daquele, ou seja, “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo”.¹⁷³

De forma sucinta e prática, entendemos por concluído o estudo da primeira causa de justificação da ilicitude. Assim sendo, passamos ao estudo do que acerca do estrito cumprimento do dever legal.

2.1.2. Do estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito

A doutrina não confere maiores destaques ao estrito cumprimento do dever legal, bem como ao exercício regular de direito, restando o estudo dessas justificantes

¹⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.277.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 597

¹⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 329.

¹⁷² Adotam o mesmo entendimento Rogério Greco, ao fazer a elucidação do princípio da razoabilidade; bem como Zaffaroni. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 329.

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 596.

de ilicitude bem objetivo. A previsão legal dessas exculpantes encontra-se no artigo 23, inciso III do Código Penal:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”¹⁷⁴

O estrito cumprimento de um dever legal normalmente é fruto de uma obrigação imposta por lei, ou seja, o agente acaba por praticar um fato típico tendo em vista que sua atuação decorre da imposição por lei, não podendo extrapolar os limites por essa fixados. É o exemplo clássico do policial que cerceia a liberdade de um criminoso fugitivo, o qual teve contra si uma ordem judicial expedida.¹⁷⁵

Cezar Roberto Bitencourt é bem claro ao salientar essa relação da atuação do agente com a previsão legal, elucidando a impossibilidade de que este agente seja responsabilizado criminalmente pela sua atuação nos limites da lei, assim sendo afirma que:

“Quem pratica uma ação em estrito cumprimento de um dever legal imposto por lei não comete crime. Há situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face das quais, embora típicas, não será ilícita, ainda que cause lesão a bem juridicamente tutelado. Assim, não são crimes a ação do carrasco que executa sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prender o infrator em flagrante, etc”.¹⁷⁶

Para que o agente seja contemplado com essa excludente de ilicitude, deverá ter atuado dentro dos limites do seu dever, sendo o alcance da excludente para os funcionários públicos e agentes público que atuem por ordem de lei, assim como se estende aos particulares que se encontram no exercício de uma função pública, como é o caso dos mesários da justiça eleitoral e dos jurados.¹⁷⁷

Acerca do exercício regular de um direito, poucas são as diferença em relação a excludente anterior, tendo em vista que é permitido ao agente atuar caracterizando uma conduta típica, mas ser resguardado com uma causa de exclusão da

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

¹⁷⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.290.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

¹⁷⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.290.

ilicitude por estar no exercício de uma prerrogativa prevista pelo ordenamento jurídico.¹⁷⁸

De acordo com Ney Moura Teles outra não poderia ser a postura adotada pelo ordenamento, pois “[...] aquele que estiver exercendo regularmente um direito não pode, ao mesmo tempo, estar realizando uma conduta proibida pelo Direito, pois, se assim fora, não seria coerente o ordenamento jurídico”.¹⁷⁹

Observa-se que apesar de algumas semelhanças, não devemos confundir o estrito cumprimento do dever legal com o exercício regular de um direito, posto que o segundo diz respeito a um direito previsto em lei, e não de um dever, de uma obrigação legal. O direito é visto como uma possibilidade, como um livre exercício de determinada conduta, não se tem um elo obrigacional.¹⁸⁰

Passamos ao estudo da última excludente de ilicitude: a legítima defesa.

2.1.3. Da legítima defesa

Começamos a adentrar especificamente no objeto desta monografia. Necessário salientar, que, por enquanto, só iremos abordar aspectos introdutórios acerca da legítima defesa, ficando a cargo do próximo capítulo o estudo detalhado acerca dos elementos caracterizadores da legítima defesa, bem como o tratamento do excesso no âmbito da legítima defesa.

A Legítima Defesa deve ser estudada observando a sua construção histórica, posto que não se trata de uma causa de excludente de ilicitude contemplada apenas no Direito Penal contemporâneo.¹⁸¹ Observa-se, contudo, que não constitui o objeto da presente monografia, a realização de um estudo detalhado acerca da evolução histórica desse instituto, porém o que se pretende é visualizar as diferentes concepções que a legítima defesa passou a ter conforme o evoluir do pensamento jurídico.

¹⁷⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 375.

¹⁷⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 271

¹⁸⁰ Essa distinção entre o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal, é bem exemplificada por Ney Moura Teles, quando se aborda a questão da prisão em flagrante realizada pelo policial no exercício da profissão e a mesma prisão em flagrante exercida pelo particular. TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 271

¹⁸¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemã*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 241

Observando a concepção histórica do estudo do Direito, alguns doutrinadores ao fazer a análise do instituto frente ao Direito Romano, afirmam que este, apesar de delinear alguns aspectos da legítima defesa- “repulsa violenta da agressão violenta”¹⁸²- não chegam a caracterizar a ideia geral dessa excludente de ilicitude. Já para Ney Moura Teles, o Direito Romano delineava a legítima defesa, por autorizar a proteção à vida, e a integridade física, por exemplo, quando estas fossem objeto de possível ataque.¹⁸³

O destaque quanto à evolução acerca das concepções da Legítima Defesa, encontram-se abarcados na doutrina do Direito Germânico, assim como na doutrina consagrada na Idade Média. Frente a Idade Média, é importante salientar que a legítima defesa só era admitida nos casos de proteção à vida e ao corpo, mas o Direito Alemão acaba por estender o instituto em favor de outros bens jurídicos, tais como o patrimônio e a honra.¹⁸⁴

No que diz respeito aos fundamentos da Legítima Defesa, observamos que existem algumas teorias que tentam explicar em que consiste o instituto, posto que, o agente, apesar de praticar uma ilicitude, ou seja, violar a norma penal, sua conduta passa a ser considerada lícita por atuar em legítima defesa.¹⁸⁵

A primeira teoria tem como fundamento o direito natural. Dessa forma, o ser humano, ao ser agredido, teria o direito de proteger-se da agressão, a fim de conservar a preservação da espécie, seria um instinto de conservação¹⁸⁶. A crítica quanto a essa teoria diz respeito ao aspecto amplo que ela confere, pois independentemente do tipo de agressão (lícita ou ilícita), esta poderia ser repelida pela legítima defesa. Outra crítica que recai frente a essa teoria diz respeito ao aspecto restrito que é conferido aos bens que podem ser protegidos (apenas a vida e a integridade física).¹⁸⁷

A segunda teoria é a da colisão de direitos, a qual fundamenta a legítima defesa na existência de conflito entre dois direitos. Dessa forma, está autorizado o

¹⁸² LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemã*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 241

¹⁸³ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 257.

¹⁸⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemã*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 241

¹⁸⁵ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258.

¹⁸⁶ GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 34

¹⁸⁷ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258

sacrifício do direito do agressor, posto ser de menor valor, em razão deste ter proferido a agressão.¹⁸⁸ A crítica quanto a essa teoria diz respeito à valoração entre o direito dos sujeitos, ou seja, não se deve permitir que o direito do agressor seja desvalorizado por este ter proferido agressão ao outro, que em contra partida tem seu direito supervalorizado¹⁸⁹.

A terceira teoria é a da ausência de injuricidade da ação defensiva, a qual apoia a defesa privada na finalidade do Direito. Dessa forma, como o direito tem por fim a proteção dos bens e interesses jurídicos, o particular que buscar defender seus bens ou interesses, está amparado pela lei.¹⁹⁰

Ainda existe a teoria que faz menção aos momentos de ausência do Estado. Sabe-se que o Estado é responsável por tutelar os bens e direitos, porém existem momentos em que este não se faz presente, resultando na possibilidade de o particular exercer a proteção do seu bem jurídico frente a uma agressão injusta.¹⁹¹

Resta a conclusão por uma fundamentação dupla da Legítima Defesa, posto tratar-se de uma concepção de direito ou necessidade da proteção de um bem jurídico; assim como uma espécie de devolução do Estado do poder de proteger o bem agredido, defendendo também o ordenamento jurídico.¹⁹²

Acerca da conceituação da legítima defesa, observamos que,

“A legítima defesa, um dos institutos jurídicos mais bem elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução. Na definição do Código Penal, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.¹⁹³

Observa-se que, ao contrário de outras causas de excludente de ilicitude, frete a Legítima Defesa, o legislador achou pertinente conceituar o instituto, de forma expressa, na redação do artigo 25 do Código Penal Brasileiro.

¹⁸⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258

¹⁸⁹ Gorrero faz a crítica acerca desse posicionamento e traz a ideia embasada no fundamento de Nelson Hungria. GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 34

¹⁹⁰ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258

¹⁹¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81

O artigo supramencionado, mais do que conceituar essa causa justificante, acaba por elencar quais os requisitos que devem ser observados para que se possa afirmar que o agente de determinada conduta não praticou um crime, posto que se encontrava abarcado pela legítima defesa.¹⁹⁴

Conforme anteriormente salientado, o aspecto introdutório acerca da legítima defesa encontra-se realizado. Os elementos que integram o instituto devem ser estudados de forma detalhada, o que pressupõe a necessidade de uma melhor abordagem no próximo capítulo.

Assim sendo, concluímos o presente capítulo e passamos ao objeto propriamente dito desta monografia.

¹⁹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 427.

3. DOS REQUISITOS E EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA

3.1. Elementos caracterizadores da legítima defesa

Conforme anteriormente abordado nessa monografia, nem todo fato típico será ilícito, posto existirem as causas excludentes de ilicitude, ou seja, existe a possibilidade de que o agente, apesar de contrariar o dispositivo legal, ainda assim, não cometer um crime por atuar resguardado por causas justificantes.¹⁹⁵ Esse é o raciocínio que deve ser observado frente à legítima defesa, pois o agente irá repelir uma agressão podendo praticar uma agressão, mas não estará cometendo crime, Conforme salienta Francisco de Assis Toledo:

“Tomemos o exemplo de Mévio que desfere um tiro causador da morte de Caio. O fato ajusta-se, aparentemente, à figura do homicídio. Se, todavia ficar demonstrado que Mévio agiu em legítima defesa ou ao abrigo de outra causa de justificação, não haverá crime de homicídio”.¹⁹⁶

Para atuar resguardado pela legítima defesa, deverá o agente respeitar os seguintes requisitos: estar frente a uma *agressão injusta, atual ou iminente*; usar da *moderação* frente ao uso dos *meios necessário*; estar no exercício da defesa de *direito próprio ou de terceiro*.

Passamos a análise de cada um dos requisitos.

3.1.1. Da injusta agressão

O primeiro requisito para a configuração da legítima defesa diz respeito a necessidade de tratar-se de uma agressão injusta. Assim sendo, aquele que repele a agressão, só o deve fazer caso esta seja injusta, pois em caso contrário não existirá o quesito de ser uma defesa legítima. Nesse sentido salienta Damásio de Jesus:

“Exige-se que a agressão seja injusta, contraria ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. Assim, não comete o fato acobertado pela causa de exclusão de ilicitude quem repele uma diligência de penhora em seus bens realizada por um oficial de justiça

¹⁹⁵ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 247 e 248.

¹⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 169

munido de mandado judicial. A conduta do oficial, se bem constitua agressão, não é injusta”.¹⁹⁷

Observa-se que, a ilicitude da agressão deverá ser observada do ponto de vista do agredido, é esse que irá avaliar o caráter da agressão. A análise a ser feita diz respeito ao fato de que o agredido não é obrigado a tolerar determinados comportamentos e agressões desferidas em seu desfavor.¹⁹⁸

Ainda é necessário destacar que a agressão que estamos analisando é a agressão humana, partindo do estudo da realização de uma conduta. Nesse sentido não se pode falar de legítima defesa quando se está sendo atacado por um cão.¹⁹⁹

Não se pode esquecer que, a agressão não deve ter sido provocada, ou seja, “não se deve confundir provocação com agressão”²⁰⁰, não pode uma pessoa sair provocando às outras, ser agredido e, posteriormente, argumentar uma legítima defesa.

3.1.2. Agressão atual ou iminente

Observa-se que acerca da temporalidade o legislador, a fim de evitar alguns abusos, acabou por determinar um espaço tempo para a reação do agredido, ou seja, deverá estar frente a uma agressão atual ou iminente. Agressão atual é aquela que está iminente ou que já começou. Porém, conforme salienta Von Liszt, “não é, pois, necessário aguardar o começo da agressão, bem como pode ser repelida a agressão já começada, enquanto continua”.²⁰¹

Necessário, salientar que existe diferença entre a atualidade e a iminência, apesar de que, ambas preenchem o requisito temporal exigido na legítima defesa. Zaffaroni, ao discorrer sobre o assunto, traz a diferenciação acerca dos dois termos e afirma que:

“É atual quando já foi iniciada e é iminente quando ainda não começou, mas está prestes a ocorrer. O requisito da iminência é coerente se por tal se entende que o agressor pode levá-la a cabo quando quiser, porque é

¹⁹⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 428.

¹⁹⁸ WELZEL, Hans. *Direito Penal*; Afonso Celso Rezende. 1ª Ed, Campinas: Romana, 2003, p. 141.

¹⁹⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 259.

²⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 198.

²⁰¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 244

inequívoca sua vontade de fazê-lo e já dispõe dos meios para isto, mas não deve ser entendida no mero sentido de imediatismo temporal”.²⁰²

A iminência deve ser destacada sob a perspectiva de que, “[...] ninguém (para defender-se) está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe (*Nemo expectare tenetur donec percutietur*). Isso poderá ser fatal. Admite-se, pois, a justa reação defensiva diante de uma agressão iminente”.²⁰³

Não podemos esquecer que, tanto a repulsa passada, quanto a repulsa futura descaracterizam o caráter temporal exigido na legítima defesa, pois, conforme salienta Bitencourt, “a ação exercida após cessado o perigo caracteriza *vingança*, que é penalmente reprimida. Igual sorte tem o *perigo futuro*, que possibilita a utilização de outros meios, inclusive a busca de socorro da autoridade pública”.²⁰⁴

3.1.3. Da moderação no uso dos meios necessários

Aquele que pretende defender-se ou repelir determinada agressão deverá atuar com especial atenção aos limites da moderação e da necessidade. Por isso a lei fala em usar “moderadamente dos meios necessários”.²⁰⁵

Aquele que está sendo agredido ou está na iminência de o ser, poderá repelir a ação do agressor, mas deverá fazer com observância aos meios utilizados, precisará agir com atenção na escolha a ser feita para cessar a agressão. Na concepção de Toledo, “são necessários os meios reputados eficazes e suficientes para repelir a agressão. Nem menos, nem mais do que isso”.²⁰⁶

Acerca da moderação, o referido autor, afirma que:

“A moderação exigida pela lei (art. 25) diz respeito à intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa. [...] exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão”.²⁰⁷

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 583-584

²⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 194.

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.

²⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 201.

²⁰⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 201.

²⁰⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 204.

Portanto, o agente deverá selecionar os meios adequados para prosseguir na repulsa à agressão, mas também deverá, ao reagir, fazê-lo com moderação, ou seja, atendendo os limites de fazer cessar a agressão, observando os meios que estão à sua disposição.²⁰⁸

3.1.4. *Direito próprio ou direito de terceiro*

Essa excludente de ilicitude permite que a conduta do agente possa ser estendida a terceira pessoa, assim pode-se atuar ao seu favor e em favor de terceiros. Dessa forma salienta Rogério Greco:

“Há possibilidade, ainda, de que o agente não só defender-se a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em *legítima defesa própria* e *legítima defesa de terceiros*”.²⁰⁹

Observa-se que qualquer bem jurídico encontra-se aqui abarcado, podendo o agente repelir a agressão frente a bens pessoais e impessoais. Porém, parte da doutrina faz a ressalva, de que, frente a direito de terceiros, é necessário observar que, tratando-se de bens disponíveis e de agentes capazes, o agente deverá agir somente após a autorização do titular do direito.²¹⁰

3.1.5. *Elemento subjetivo na legítima defesa*

Conforme já abordado nessa monografia, para que seja caracterizada uma excludente de ilicitude, necessário se faz conhecer o *animus* daquele, aqui no caso, pretender repelir determinada agressão. O *animus* diz respeito a parte subjetiva analisa na conduta, ou seja, é indispensável perquirir qual a vontade do agente ao externar a repulsa. Nesse sentido salienta Bitencourt:

“A legítima defesa deve ser *objetivamente necessária* e *subjetivamente orientada* pela vontade de defender-se. Com efeito, o *animus defendi* atribui significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa. A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se”.²¹¹

²⁰⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 432.

²⁰⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 352.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83.

Observa-se que, nem sempre que se caracterize uma agressão injusta, atual ou iminente, em que se utilize moderadamente dos meios necessários, que a pessoa que, em tese, repele a agressão, será contemplada pela legítima defesa, posto que, se sua vontade não for de defender-se, seu ato de repelir, será visto como sendo uma ilicitude.²¹² Por exemplo, não pode um agente que gostaria de matar seu desafeto, usar-se do artifício de salvar um terceiro, o qual sofre agressão do desafeto, alcançando assim a finalidade de morte que pretendia.

Aqui não se trabalha a hipótese de coincidência ou finalidade diversa, sob pena da conduta, em tese lícita – por estar abarcada por excludente de ilicitude- não ser assim contemplada. A única finalidade que o agredido deve perseguir é a de repelir agressão contra direito seu ou de terceiro, só deve buscar a defesa e, não uma vingança mascarada.

“No tipo permissivo de legítima defesa requer-se o conhecimento da situação de defesa, isto é, o reconhecimento da agressão, e a finalidade de defender-se. [...] Cabe aclarar que a finalidade de defender-se não tem por que ser alcançada, isto é, que a legítima defesa não depende do êxito de mesma. Ainda que se fracasse e não se consiga evitar a agressão, do mesmo modo haverá legítima defesa”.²¹³

Superado o tratamento conferido aos requisitos que devem ser atendidos para se configurar o exercício da legítima defesa, passamos a análise das situações que configuram o erro e o excesso no âmbito desse instituto. Conforme abordamos anteriormente, pode acontecer de uma pessoa, que em princípio estava repelindo a agressão, nos limites da legítima defesa, acabar por não amoldar-se totalmente na causa excludente, devendo para tanto ser responsabilizada.

3.2. O erro e o excesso na legítima defesa

Após toda a construção conceitual que fizemos até aqui, passamos ao estudo a que se propõe a presente monografia. Adentramos na análise do erro e do chamado excesso no âmbito da legítima defesa. Necessário, primeiramente, conceituar e delimitar o que vem a ser o erro e o excesso, para, logo em seguida situarmos esses dois fenômenos na causa excludente de ilicitude.

²¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p.285 e 286.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 588 e 589

3.2.1. Do erro

Parte dos doutrinadores²¹⁴ ao buscar conceituar o erro tende a partir da diferenciação deste para com a ignorância. Pode-se dizer que a diferença é sutil, posto que o erro diz respeito a um conhecimento distorcido acerca de algo, enquanto a ignorância pressupõe a ausência de qualquer conhecimento. Porém, observa-se que os efeitos conferidos as duas situações, em que pode incorrer o agente, são praticamente iguais.²¹⁵

Ney Moura Teles ao abordar este assunto salienta o destaque e tratamento conferido ao tema pelo Direito Penal, afirmando que o “erro, portanto, é uma falsa apreciação da realidade, próprio do ser humano e, conquanto, esteja presente na vida de todos, não podia o Direito Penal ignorar sua existência, pelo que lhe dá tratamento especial na teoria do crime”.²¹⁶

Observa-se que o tratamento legal conferido pelo Código Penal não deixou muito a desejar quanto à abordagem do erro, posto que, adotando a classificação moderna, trouxe a previsão do erro de tipo, artigo 20 do Código Penal, e o erro sobre a ilicitude do fato, ou chamado erro de proibição, artigo 21 do Código Penal.²¹⁷

O erro de tipo tem incidência nas circunstâncias que constituem elementos essenciais do tipo, ou seja, ocorre uma caracterização falsa da realidade frente aos elementos do crime.²¹⁸ Por exemplo, A é ameaçado por B de morte. B se arrepende e vai pedir desculpas para A, o qual, imediatamente dispara 4 tiros matando B. Neste caso, A ao buscar se defender acabou incorrendo em erro, posto que tinha uma falsa percepção acerca da possível conduta de B.²¹⁹

No estudo do erro de tipo encontram-se abarcadas as discriminantes putativas, o erro determinado por terceiro e o erro sobre a pessoa.²²⁰

²¹⁴ Dentre esses doutrinadores destacam-se: Ney Moura Teles, E. Magalhães Noronha e Rogério Greco.

²¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150.

²¹⁶ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 240.

²¹⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Edição atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 154.

²¹⁸ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

²¹⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 240.

²²⁰ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

Ainda temos o erro sobre a ilicitude do fato, ou chamado erro de proibição que pode ser apresentado em três modalidades: erro de proibição direto, erro de mandamento e erro de proibição indireto. Nesse caso o agente incorre em erro por supor que sua conduta é lícita.²²¹ Por exemplo, A, ao buscar repelir a agressão que sofre de B desfere inúmeros socos contra este, acaba cessando a agressão, mas continua batendo até levar B a óbito por interpretar que essa é a punição correr ao seu agressor.²²²

O erro pode contemplar também o estudo acerca do chamado resultado diverso do pretendido (*aberratio delicti*) assim como o erro na execução (*aberratio ictus*).²²³

Quanto ao nosso estudo, dúvidas não restam de que o agente que se encontra no exercício da legítima defesa pode acabar incorrendo em uma das diversas modalidades que o erro comporta, pois, as situações em que o agredido encontra-se não são passíveis de prever, imediatamente, quais serão os limites da conduta realizada por este.²²⁴

3.2.2. Do excesso

Observa-se que, o excesso pode ser visto como algo além do normal, do permitido, do esperado. Configura-se em uma estrapolação aos limites previstos.²²⁵ Assim sendo, torna-se indispensável que se faça um elo que permita ligar a conduta excessiva como, por exemplo, uma causa justificante, posto ser esse um instituto que depende de um contexto para ser aplicado. Nestes termos preleciona Hermes Vilchez Guerrero:

“O excesso é um instituto de direito penal que não apresenta autonomia jurídica, isto é, não pode ser aplicado isolada e independentemente. Sua aparição e sua aplicação só podem ocorrer se e quando vinculados a outros institutos”.²²⁶

Partindo do pressuposto que nosso trabalho visa uma análise do excesso no âmbito de uma causa excludente de ilicitude - a legítima defesa – o contexto verificado diz respeito a uma situação que, em princípio estava amparada por uma justificante,

²²¹ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

²²² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 415.

²²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 303.

²²⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 307

²²⁵ GUERRERO, Hermes Vilchez. Do excesso em legítima defesa. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 57.

²²⁶ GUERRERO, Hermes Vilchez. Do excesso em legítima defesa. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 81.

mas, por não atender as exigências da lei, acaba por ter este instituto afastado. Ilustramos a situação descrita da seguinte forma: é o caso do agente que, ao realizar determinada conduta, encontra-se amparado por uma causa discriminante, porém em determinado momento, acaba por ultrapassar os limites fixados na excludente de ilicitude, incorrendo, portanto, em excesso.²²⁷

Agora que já sabemos do que se trata o excesso, passamos a uma abordagem enfática quanto ao seu conteúdo e disciplina no âmbito do direito penal ao tratarmos de sua incidência nas causas em que se tinha, à primeira vista, a configuração de uma atuação em legítima defesa.

3.2.3. *Dos tipos de excesso na legítima defesa*

Para analisarmos o excesso na legítima defesa é indispensável recapitular alguns pontos. Da leitura do artigo 25 do Código Penal, fora demonstrado como requisito a sua configuração, a necessidade de que o agente que prossegue em conduta para repelir uma agressão deverá fazê-la atentando-se para o uso moderado dos meios necessário. Ademais, observamos a necessidade de que o agente, com sua conduta, tenha por objetivo cessar a agressão, ou seja, defender-se.²²⁸

Dessa forma, “se, mesmo depois de ter feito cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente não interromper seus atos e continuar com a repulsa, a partir desse momento já estará incorrendo em excesso”.²²⁹

Observa-se que, existe uma linha muito tênue entre as atitudes daquele que, em princípio, encontrava-se sofrendo determinada agressão. Porém, não se pode permitir que este tenha afastada a responsabilização por sua conduta, pois existe uma inversão de posições:

“[...] aquele que se encontrava amparado pela proteção da causa que exclui a ilicitude e, portanto o crime, repentinamente se vê transportado para o campo proibido, tendo que ser responsabilizado penalmente, via de regra, por seu comportamento excessivo”.²³⁰

²²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 359.

²²⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 434.

²²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 359.

²³⁰ GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 86.

Tendo em vista essa inversão de posicionamento, a legislação penal prevê que o excesso não deve ser comportado dentro da licitude, assim sendo, aqueles que praticam a conduta ultrapassando os limites fixados nas causas justificantes, deverão responder por sua ação, em vista do descumprimento dos preceitos legais. Nesse sentido salienta Rogério Greco:

“Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos. Os resultados que dizem respeito às condutas praticas nos limites permitidos pela legítima defesa são amparados por esta causa de justificação; os outros resultados que surgiram em virtude do excesso, por serem ilícitos, são atribuídos ao agente, que por eles terá que ser responsabilizado”.²³¹

A previsão legal acerca do excesso é contemplada pela redação do parágrafo único do artigo 23, restando à conclusão de que, aquele que inicialmente estava resguardado por um estado de necessidade, por uma legítima defesa, ou encontrava-se em estrito cumprimento de um dever legal ou no exercício regular de direito, ultrapassando os limites da previsão legal, responderá pelo excesso doloso ou culposos.²³²

Assim sendo, passamos a análise dos tipos de excesso que podem ocorrer no âmbito da legítima defesa.

3.2.3.1. *Do excesso doloso*

Para se configurar uma legítima defesa é indispensável que exista uma agressão injusta e, frente a ela, uma repulsa por parte do agredido. Nesse sentido o excesso doloso restará configurado quando o agredido consegue cessar a agressão, mas não para a sua ação objetivando causar mais lesões ou a morte daquele que o agrediu; ou quando, após cessar a agressão que estava sofrendo, continua no exercício de sua conduta por acreditar que lhe é permitido causar um mal maior ao seu agressor, ou seja, incorre o agente em hipótese de erro sobre os limites de uma causa justificadora.²³³

O dolo restará configurado a partir do momento que o objetivo de defender-se é alcançado e o agente prossegue em sua conduta, incorrendo em prática de agressão

²³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 360.

²³² BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

²³³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 360.

contra seu inicial agressor. Observamos que se encontra presente o fim defensivo, mas também a repulsa concreta a agressão, a qual é externada em forma de uma agressão.

Assim sendo, existe a caracterização do objetivo de causa um mal maior ao agressor de forma desnecessária, posto que já se tinham alcançado o objetivo de defender-se.²³⁴

Objetivamente, o excesso doloso resta configurado quando: “já prostrado seu agressor, que não pode continuar a agressão, o agredido prossegue na conduta de feri-lo. De uma conduta lícita passa a um comportamento ilícito. Reponde por crime doloso (CP, art. 23, parágrafo único)”.²³⁵

Pertinente à ressalva acerca da situação em que o agente continua a sua conduta, mesmo depois de cessada a agressão, por entender que possa causar essa mal maior ao seu agressor. Aqui não é vislumbrado um equívoco quanto aos limites fixados no âmbito da legítima defesa, e sim, sobre a caracterização da agressão injusta.

Imaginemos: José é um idoso que estava comprando frutas, quando é surpreendido por um assaltante que lhe desfere socos para roubar sua bolsa. Imediatamente José pega sua bengala e bate no assaltante de forma que esse caia no chão, cessando a agressão. Porém, José, revoltado com a situação, continua a bater no assaltante por se sentir injustiçado frente à agressão que sofrera.

No exemplo supramencionado, José ao buscar defender-se batendo no agressor com sua bengala, usou moderadamente dos meios necessários, atuando acobertado pela legítima defesa. Observa-se, contudo, que após cessar a agressão continuou batendo no assaltante, fato este que configura o excesso, mas o fez por entender que tal conduta lhe era permitida, por ter sofrido a agressão, e não, por utilizar de forma errada os meios que estavam a sua disposição.²³⁶

Necessário observar que o agente, inicialmente agredido, percorre duas fases, ou seja, a fase da defesa e a fase da agressão. Dessa forma, não é possível afirmar que o agente que incorre em excesso doloso tem a exclusão da legítima defesa. Para

²³⁴ GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 131.

²³⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 435 e 436.

²³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 361.

Damásio de Jesus, o excesso vai excluir a legítima defesa, apenas “a partir do momento em que o agente pratica a conduta constitutiva do excesso, pois antes disso se encontrava acobertado pela descriminante”.²³⁷

“Concluindo, o excesso doloso, portanto, pode ocorrer quando o agente mesmo sabendo que com a sua conduta inicial já havia feito cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa: *a)* dá continuidade ao ataque, sabendo que não podia prosseguir, porque já não se fazia mais necessário; *b)* continua o ataque, porque incorre em erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa justificadora)”.²³⁸

3.2.3.2. *Do excesso culposo*

“Será culposo o excesso quando involuntário, podendo decorrer de erro de tipo escusável ou mesmo de erro de proibição evitável (quanto aos limites da excludente) o *excesso culposo* só pode decorrer de erro, havendo uma avaliação equivocada do agente quando, nas circunstâncias, era-lhe possível avaliar adequadamente”.²³⁹

Das lições de Bitencourt, é possível observar que, para a caracterização do excesso na modalidade culposa, necessário se faz que o agente prossiga na ação por encontrar-se em evidente situação de erro, ou seja, por achar que sua conduta é permitida, enquanto o ordenamento jurídico prevê o contrário.

Duas são as situações em que se verifica que o sujeito incorreu em excesso culposo: quando avalia mal a situação em que se encontra e, por acreditar em ainda encontra-se em situação de agressão, continua a repulsa ou, quando em razão da situação em que se encontra, erra o cálculo quanto a gravidade que esta sofrendo ou quanto a forma de reação. Nesse sentido preleciona Greco:

“Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações:

- a)* Quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, §1º, segunda parte, do Código Penal; ou
- b)* Quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam,

²³⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 436.

²³⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 361.

²³⁹ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

excede-se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus* da reação” (excesso culposo em sentido estrito).²⁴⁰

O primeiro caso diz respeito às descriminantes putativas, ou seja, “ocorre quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma *agressão injusta, atual ou iminente*, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la”.²⁴¹ O agente entende que está em necessidade de repelir uma agressão, que no caso é imaginária.

Imaginemos: Pedro ameaça João de morte, e avisa que irá matá-lo no dia seguinte. Dessa forma João, temendo sua vida compra uma arma para defender-se de Pedro. No dia seguinte, após arrepende-se da ameaça, Pedro procura João para pedir desculpas, quando este imediatamente saca a arma e desfere dois tiros contra Pedro, que cai no chão. Imaginando que Pedro ainda pode levantar e lhe matar, João desfere mais dois tiros. Neste exemplo, estamos diante de uma legítima defesa putativa, porque João imaginava que seria atacado e assim deu continuidade a sua “possível defesa”, e constitui o excesso doloso, porque, mesmo após cessar a agressão imaginária, ainda prosseguiu na realização da conduta.²⁴²

Já, a segunda forma de excesso na modalidade culposa trata da repulsa desmedida realizada pelo agente, ou seja, sua reação era desnecessária desde o primeiro momento, pois avaliou mal a situação. Aqui não existe um intervalo de tempo entre fazer cessar a agressão e, posteriormente, por achar que ainda vai ser agredido (hipótese de incidência do erro), acaba continuando com a repulsa.²⁴³

3.2.3.3. *Do excesso extensivo e intensivo*

O excesso intensivo é aquele que ocorre quando existe uma intensificação desnecessária, seja por medo, susto ou qualquer outra motivação que faça o agente exceder na medida necessária para a defesa, quer seja pelo tipo de meio empregado, quer seja pelo grau que utiliza.²⁴⁴

²⁴⁰ Rogério Greco cita Nélson Hungria. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 362. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I. t II, p. 304-305.

²⁴¹ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Código Penal Comentado*. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

²⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 358.

²⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 363.

²⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 363.

Excesso intensivo pode ser exemplificado da seguinte forma: Paulo chega em casa e surpreende Fred que estava a estuprar sua esposa. Nitidamente consternado, Paulo pega uma faca de cozinha e desfere uma facada em Fred, de modo a cessar a agressão deste e, por estar desnorreado, continua a desferir facadas tirando a vida de Fred. No caso em tela, trata-se de legítima defesa de terceiro, em que se apresenta um excesso, posto já ter cessado a agressão, na modalidade intensiva, já que não seria necessário desferir mais facadas, porém o agente diante de determinada motivação não tinha como medir a ação.

Frente ao acesso extensivo, podemos dizer que se trata daquele em que, inicialmente o agente está atuando para cessar a agressão injusta, porém, em determinado momento, após cessar a agressão, ele continua a atacar o seu agressor inicial²⁴⁵. É o exemplo de quem estava desferindo socos em seu agressor e, após cessar a ação deste, continua até atingir o resultado morte.

Assim sendo:

“[...] poderíamos diferenciar as duas modalidades de excesso da seguinte forma: há excesso intensivo se o agente, durante a repulsa à agressão injusta, intensifica-a imoderadamente, quando, na verdade, para fazer cessar aquela agressão, poderia ter atuado de forma menos lesiva; o excesso extensivo ocorre quando o agente, tenso atuado nos limites impostos pela legítima defesa, depois de ter feito cessar a agressão, dá continuidade à repulsa praticando, assim, neste segundo momento, uma conduta ilícita”.²⁴⁶

3.2.3.4. *Do excesso na causa*

Em estudo anterior, observamos que todos os bens podem ser defendidos no âmbito da legítima defesa. Contudo, devemos analisar tal afirmativa com um pouco de cautela, pois aqui será necessário fazer uma valoração. Não pode, por exemplo, uma pessoa matar a outra porque esta estava na iminência de furtar uma maçã que estava em seu pomar.²⁴⁷

Aqui é necessário observar se o bem que estava sendo ofendido pela repulsa era desproporcionalmente maior do que o que se visada proteger. No exemplo

²⁴⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Volume I: parte geral*. 31 Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 438.

²⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 364.

²⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 364.

supramencionado, é óbvio que proteger a vida é mais importante que a proteção da maçã.

Havendo essa desproporção, é indispensável que se configure o excesso na causa e que, o agente responda pelo resultado, posto que o bem que se visava proteger fora supervalorizado frente ao que sofreu o efeito da repulsa.²⁴⁸

3.2.3.5. *Do excesso exculpante*

“Com o excesso exculpante busca-se eliminar a culpabilidade do agente, ou seja, o fato é típico e antijurídico, deixando, contudo, de ser culpável, em virtude de, no caso concreto, não poder ser exigida do agente outra conduta que não aquela por ele adotada”.²⁴⁹

De acordo com a explanação de Rogério Greco, é possível observar que o excesso que permeia a ação defensiva, deverá ser visto de forma distinta, dos demais tipos de excesso, posto que, outra não poderia ser a conduta daquele que visava se proteger ou proteger terceiros.

Aqui se trabalha com a perturbação do ânimo do agente, ou seja, a situação em que se encontra é tão extremada da realidade que o sujeito acaba perdendo suas referências, por estar confuso frente às emoções que permeiam a situação. O agente acaba excedendo, mas não poderia ser responsabilizado nesse caso, posto que, em tal situação outra conduta não seria esperada dele, frente ao estado de medo, conturbação ou confusão de sentimentos.²⁵⁰

²⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 365.

²⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 10ª Ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 365.

²⁵⁰ GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 158.

CONCLUSÃO

Chegamos ao final desta monografia concluindo que uma conduta para ser enquadrada como criminosa, partindo da premissa do conceito analítico de crime, deverá atender os requisitos do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade.

Acerca do fato típico, observamos a necessidade de existência de uma conduta, de um resultado, de um nexo de causalidade e de uma tipicidade. Os supramencionados tópicos foram contemplados ao longo do nosso estudo e nos permitiram entender que, todo aquele que age em excesso, estará incorrendo na prática de um fato típico.

Passamos ao estudo da culpabilidade e chegamos à conclusão de que esta pode ser interpretada como a reprovação frente à prática de um fato típico e ilícito. Observamos a necessidade de que o agente, para ser considerado culpado, deverá ser imputável, ter potencial consciência acerca da ilicitude do fato e não ser vislumbrada uma situação de exigibilidade de conduta diversa. Além do mais, deverá ter praticado um fato típico e ilícito.

Quanto à ilicitude, concluímos tratar-se daquelas ocorrências contrárias ao ordenamento jurídico e intoleradas no convívio social. Observamos, contudo, que o legislador, conferiu certas margens para recepcionar algumas situações que são- em princípio ilícitas- mas passam a serem vistas como lícitas, frente à necessidade que o particular tem de se proteger diante da ausência do estado. Ou seja, trata-se das chamadas excludentes de ilicitude, nos permitindo concluir que, nem toda conduta que é contrária ao ordenamento jurídico será contemplada com uma punição e com reprovação social.

Fizemos a abordagem do estado de necessidade, do estrito cumprimento de um dever legal, do exercício regular de um direito. Em seguida, deixamos o destaque para tratar da legítima defesa e de seus requisitos, pois chegamos a conclusão de que nem todo aquele que alega que estava no exercício da legítima defesa, o estava de fato.

Portanto, de acordo com o que estudamos, se encontrará em situação passível ao exercício da legítima defesa, todo aquele que: precisar repelir uma agressão injusta (não vale repulsa contra agressões justas), sendo esta agressão atual ou iminente,

portanto, diz respeito àquela que esta acontecendo ou que esta prestes a acontecer, desde que seja contrária a direito próprio ou de terceiros, sendo passível repelir tal agressão, desde que se utilizando dos meios necessários e de forma moderada, buscando alcançar o objetivo de defender-se.

Apesar de verificar claramente a abordagem feita diante do excesso, em nosso estudo, concluímos pelo enfoque primário do erro, posto que esse também é verificado no âmbito da legítima defesa. O agente que busca defender-se da injusta agressão poderá incorrer nas diversas modalidades de erro no decorrer de sua conduta, já que o ser humano não é detentor de todo saber e, por encontrar-se em situação diversa do que lida no cotidiano, não é possível exigir deste que tenha total percepção dos fatos ao seu redor ao prosseguir em sua conduta.

Observa-se, porém, que todo aquele que ultrapassa os limites estabelecidos nos requisitos da legítima defesa estará no curso do cometimento de um excesso. Portanto, quem se utiliza dos meios desnecessários ou usa imoderadamente dos meios necessários, estará no âmbito do excesso, podendo ser penalizado por tal conduta excessiva.

No âmbito do estudo das modalidades de excesso, primeiramente, analisamos o excesso doloso e, concluímos que se trata daquele em que o agente realiza sua conduta direcionada a um fim, atuando de forma consciente e voluntária. Frente à legítima defesa verificamos o excesso doloso quando o agente, tendo consciência dos meios necessários ou da intensidade correta para cessar a agressão que vem sofrendo, acaba ultrapassado estes limites, mas de forma consciente.

Quanto ao excesso culposo, verificamos que este ocorre quando o agente não observa alguns elementos ao realizar sua conduta, incorrendo em negligência, imprudência ou imperícia. Frente à legítima defesa, concluímos que o excesso culposo é verificado quando o agente inicia sua conduta para repelir agressão, mas não a faz de forma prudente, deixa de observar determinados requisitos.

A conclusão final a que chegamos é de que, a causa excludente de ilicitude denominada legítima defesa, diz respeito a um instituto do direito penal que deve ser observado de forma prudente. Não pode ser banalizado sob o ponto de vista de que, nem todo aquele que alega estar no exercício de legítima defesa, estará de fato no âmbito

dessa excludente. É necessário verificar os limites estabelecidos no ordenamento jurídico, buscando identificá-los no decorrer da conduta do agente.

Dúvidas não restam acerca da proteção daqueles que atuam em legítima defesa, porém, não se pode permitir que as finalidades- de quem busca se defender sejam deturpadas, nem que o agredido torne-se um agressor, tendo em vista que este não obedeceu os limites estabelecidos pelo ordenamento, invertendo o papel em que se encontrava no momento em que iniciou sua conduta.

Assim sendo, verificamos que o tratamento conferido as causas excludentes de ilicitude, principalmente no que diz respeito a legítima defesa, não pode ser abordado de forma simplória nem deve ser verificado de forma puramente objetiva, como uma forma, já que devem ser analisadas as circunstancias pertinentes a cada caso, buscando verificar de forma pormenorizada a situação em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GUERRERO, Hermes Vilchez. Do excesso em legítima defesa. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006

TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*; Afonso Celso Rezende. 1ª Ed, Campinas: Romana, 2003.